Communauté d'Universités et d'Établissements
Lille Nord de France

Université de Lille

N° attribué par la bibliothèque

__|__|__|__|__|__|__|__|__|__|

L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914 – 1958)

THÈSE

pour obtenir le grade de Docteur en droit public

présentée et soutenue publiquement par

Emilien QUINART

le 13 décembre 2019

sous la direction de Monsieur le Professeur Emmanuel CARTIER

JURY

Emmanuel CARTIER, *directeur de thèse*
Professeur de droit public, Université de Lille

Jean-Philippe DEROSIER
Professeur de droit public, Université de Lille – membre de l'Institut universitaire de France

Pascale GONOD, *rapporteur*
Professeur de droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Alain LAQUIEZE, *rapporteur*
Professeur de droit public, Université Paris Descartes

Marcel MORABITO
Professeur d'histoire du droit, Institut d'études politiques de Paris

Maryvonne DE SAINT PULGENT
Président de Section au Conseil d'Etat

Michel VERPEAUX, *président*
Professeur émérite de droit public, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

L'Université de Lille n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Cette version tient compte des remarques formulées par le jury lors de la soutenance. Les erreurs de frappe ont été corrigées, certaines analyses précisées et les références bibliographiques complétées.

REMERCIEMENTS

Je remercie infiniment Monsieur le Professeur Emmanuel Cartier de la confiance qu'il m'a accordée, de la richesse de sa direction, et de sa bienveillance constante. Réaliser une thèse auprès de lui fut un plaisir et une chance immenses.

J'exprime mon extrême reconnaissance, et adresse mes remerciements les plus sincères, à Madame le Président Maryvonne de Saint Pulgent, ainsi qu'à Madame et Messieurs les Professeurs Pascale Gonod, Jean-Philippe Derosier, Alain Laquièze, Marcel Morabito et Michel Verpeaux pour avoir accepté de prendre part à ce jury et d'évaluer ce travail.

Je tiens aussi à remercier chaleureusement Monsieur le Professeur Michel Lascombe, qui m'a initié au droit, puis encouragé et aidé tout au long de mes études supérieures.

De tout cœur, merci à ceux qui, par leurs relectures et leurs conseils, ont précieusement contribué à la réalisation de cette étude : mes amis Jean D'Andlau, Matthieu Caron, Pierre Gorisse, François Lecoutre, Jules Lepoutre, Benoît Montay, Pierre-Yves Sagnier.

Qu'il me soit également permis de mentionner ceux, dont l'accompagnement, le soutien et les conseils, ont agréablement entouré l'élaboration de cette thèse. Merci vivement à Solange Arber, Caroline Demeyère, Manon Dosen, Benoît Haudrechy, Mathilde Heitzmann-Patin, Barbara Hild, Julien Padovani, Marie-Odile Peyroux-Sissoko, Denis Ramond, Basile Ridard, Séverine Taisne.

Je remercie très grandement Mesdames Emmanuelle Flament-Guelfucci et Claire Sibille de Grimoüard, directrices de la bibliothèque et des archives du Conseil d'Etat, d'avoir facilité mes recherches dans les fonds de leur institution. Merci aux membres du bureau des archives du Conseil d'Etat – Mesdames et Messieurs Emmanuelle Benet, Julia Aumüller, Stéphane Longuet, Chrystelle Bastard, Aurélie Guillon, Nicolas Furlaud, Brigitte Huet – pour la chaleur de leur accueil et leur grande disponibilité. J'adresse des remerciements particuliers à Monsieur Arnaud Romond pour son aide extrêmement précieuse dans mon travail aux Archives nationales.

Il est une personne, qui saura se reconnaître, dont la double relecture de ce travail, me fut incommensurablement précieuse. Qu'elle en soit infiniment remerciée.

Merci enfin – ici, c'est au-delà des mots – à mes amis, Etienne, Tania et Victor, à mes parents, à ma sœur et à mon frère, à mes grands-mères, à Aude.

A la mémoire de mes grands-pères.

ABREVIATIONS PRINCIPALES

AA. VV.	*auctores varii*
ACP	Assemblée consultative provisoire
AEF	Afrique équatoriale française
AFDI	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJ	L'Actualité juridique
AJDA	L'Actualité juridique : droit administratif
al.	alinéa
AN	Archives nationales
AOF	Afrique occidentale française
AP	Archives privées
art.	article
art. cit.	article cité
Ass.	Assemblée du contentieux
Ass. gén.	Assemblée générale
AUF	Assemblée de l'Union française
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'Etat
cf.	*confer*
chrn.	chronique
coll.	collection
concl.	conclusions
cons.	considérant
Const.	Constitution
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CP	Commission permanente
civ.	chambre civil
CRA	comptes rendus analytiques
crim.	chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	dactylographié(e)
dir.	sous la direction de
DPS	Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution de 1958
Dr. adm.	Droit administratif (revue)
éd.	édition
EDCE	Études et Documents du Conseil d'Etat
et al.	*et alii*
etc.	*et cætera*
fasc.	fascicule
GACE	Les grands avis du Conseil d'Etat
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais

GPRF	Gouvernement provisoire de la République française
ibid.	*ibidem*
id.	*idem*
impl.	solution implicite
JCP G.	Juris-classeurs périodiques – la semaine juridique (édition générale)
J.O.D.P.	Journal officiel des débats parlementaires
J.O.E.F.	Journal officiel de l'Etat français
J.O.R.F.	Journal officiel de la République française
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
MRP	Mouvement républicain populaire
n°	numéro
nda	note de l'auteur
not.	notamment
op. cit.	*opus citatum* (ouvrage cité)
p.	page(s)
PCF	Parti communiste français
préc.	précité(es)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RA	La Revue administrative
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'Etat – Recueil Lebon
Rec. T.	Tables du Recueil des arrêts du Conseil d'Etat – Tables du Recueil Lebon
rédd.	réédité(e)
req.	requête
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIHPC	Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle
RPDA	Revue pratique de droit administratif
RPF	Rassemblement du peuple français
RPP	Revue politique et parlementaire
S.	Recueil Sirey
s.	et suivant(es)
Sect.	Section
SFIO	Section française de l'internationale ouvrière
spéc.	spécialement
suppl.	supplément
t.	tome
TC	Tribunal des conflits
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

(une table des matières détaillée figure à la fin du document)

INTRODUCTION GENERALE **1**

PREMIERE PARTIE :
L'AFFIRMATION D'UN FONDEMENT AUTONOME

TITRE 1 : LA REVELATION D'UNE LACUNE CONSTITUTIONNELLE **75**

Chapitre 1 : Un décalage persistant entre les textes et la pratique 77
Chapitre 2 : L'impossible renouveau constitutionnel de 1946 165

TITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS NOUVELLES DU POUVOIR REGLEMENTAIRE **255**

Chapitre 1 : Élargir la fonction d'exécution des lois 257
Chapitre 2 : Dépasser la fonction d'exécution des lois 349

SECONDE PARTIE :
L'AFFERMISSEMENT D'UN CHAMP PROPRE

TITRE 1 : UNE DETERMINATION HIERARCHIQUE **433**

Chapitre 1 : La découverte du rapport d'habilitation : constitutionnaliser les décrets-lois 435
Chapitre 2 : Les mutations du rapport de complémentarité : faciliter l'application des lois 533

TITRE 2 : UNE DETERMINATION MATERIELLE **607**

Chapitre 1 : La progression du critère matériel avant 1958 609
Chapitre 2 : La consécration du critère matériel en 1958 699

CONCLUSION GENERALE : « LA REVOLUTION N'A PAS EU LIEU » **807**

BIBLIOGRAPHIE ET SOURCES **813**

ANNEXES **855**

INDEX DES MATIERES **927**

INDEX DES NOMS **935**

INDEX DE LA JURISPRUDENCE ET DES AVIS **939**

TABLE DES MATIERES **955**

INTRODUCTION GENERALE

> « L'idée selon laquelle il faut définir par la Constitution les matières normalement législatives et dire que tout le reste appartient aux pouvoirs réglementaires, n'est pas une révolution ; ce n'est une révolution que du point de vue de la théorie. C'est exactement la consécration de la réalité non seulement gouvernementale mais législative de ces époques dernières »[1].
>
> Raymond Janot – 31 juillet 1958

1. *« Révolution »* [2] ; *« contre-révolution »* [3] ; *« bouleversement »* [4] ; *« attentat »* [5] ; *« monstruosité juridique »*[6] ; *« décadence de la loi »* [7] ; *« humiliation du législateur »* [8] ; *« anarchie »*[9]. Les qualificatifs n'ont pas manqué aux premiers interprètes et grands témoins de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 pour caractériser le système nouveau des articles 34, 37, 38 et 41. Les termes employés sont rarement mélioratifs, et relèvent pour la plupart du champ lexical de la « rupture ». Cette lecture est d'ailleurs entretenue, par les

---

[1] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.71

[2] L'expression est constamment employée au Comité consultatif constitutionnel (*« Croyez-vous que l'on puisse dire que ce n'est pas révolutionnaire ? »* (Marcel Waline, *DPS,* vol. 2, p.87) ; *« Etait-il vraiment important de recourir à la révolution que représentent les articles [34] et [37] sur l'organisation des sources du droit (...) »* (Marc Lauriol, *DPS,* vol 2., p.92) ; *« je ne trouve pas de mot plus juste que le mot « révolution » »* (René Dejean, *DPS,* vol. 2, p.282)) ; au Conseil d'Etat (*« ce que l'on nous propose est, en réalité, une révolution profonde, une révolution qui va même au-delà de ce que les rois eux-mêmes ont réclamé »* (Léon Julliot de la Morandière, *DPS,* vol. 3, p.398) ; *« C'est un véritable bouleversement »* (Maxime Letourneur, *DPS,* vol. 3, p.400)) et dans la doctrine universitaire : *« La hiérarchie des textes, telle qu'elle se dégage des art. 34, 37, 38 et 41, notamment, a (...) un aspect révolutionnaire, ou plutôt, contre-révolutionnaire. »* (MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Recueil Dalloz,* 1959, 4e cahier, chronique IV, p.21-26, spéc. p.21) ; *« cette révolution dans nos traditions constitutionnelles (...) »* (SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP,* n°2, 1959, p.240-297, spéc. p.278)

[3] MORANGE, G., *art. cit.,* p.26 ; v. aussi les propos de Pierre Cot, au nom de l'Union progressiste : *« Nous restons, nous, fidèles à la tradition de la Révolution française et à la République. Nous dirons non à de Gaulle, à la guerre d'Algérie, au pouvoir personnel, parce que nous disons oui à la République (...). »* (*DPS*, vol. 3, p.678)

[4] Propos de Maxime Letourneur devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.400) ; v. aussi, L'HUILLIER, J., « La délimitation de la loi et du règlement »*, Recueil Dalloz,* 26e cahier, 1959, chronique, p.173-178, spéc. p.173 ; WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *RDP,* 1959, p.699-717, spéc. p.699

[5] L'expression est du président Roger Latournerie, bien qu'il ne la reprenne pas à son compte (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.440). D'autres parlent plus modestement *« d'atteintes »* (v. les propos de Pierre Seligman en Assemblée générale du Conseil d'Etat (séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.401) ; v. encore, CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Recueil Dalloz,* 23e cahier, 1960, chronique XXII, p.119-126, spéc. p.119)

[6] CAPITANT, R., « Une première interprétation », [Préface à l'ouvrage de Léo Hamon : *De Gaulle dans la République,* Plon, 1958], rééd. *in : Ecrits constitutionnels,* Paris : CNRS, 1982, 485 pages, spéc. p.355-371, spéc. p.364

[7] DURAND, P., « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *JCP,* 1er janvier 1959, chrn. 1470

[8] *ibid.*

[9] MORANGE, G., *art. cit.,* p.26

gaullistes eux-mêmes, au soutien de l'enracinement de la Ve République[10] dans le rejet des pratiques héritées du passé.

2. On ne peut effectivement nier la part d'innovation introduite par la Constitution de 1958 dans la définition des rapports de la loi et du règlement. Pour la première fois de l'histoire constitutionnelle française[11], un texte formellement constitutionnel consacre *l'existence* du pouvoir réglementaire (article 21) et en détermine *l'étendue* sur la base de considérations principalement matérielles (articles 21, 34, 37 et 38). Surtout – et là réside sans doute la principale nouveauté – les titres V et VII de la Constitution permettent d'assurer la *protection* du domaine réglementaire, en enserrant le cas échéant le législateur parlementaire dans un domaine maximum. Enfin, le texte du 4 octobre 1958 confère au Président de la République des *pouvoirs de nécessité* l'autorisant à modifier la législation formelle en vigueur pour assurer la sauvegarde de l'Etat lorsque les circonstances l'exigent (article 16). En ce sens, la Constitution de la Ve République innove incontestablement par rapport à ses devancières, toutes – plus ou moins – silencieuses sur ces différentes questions.

3. Quelle que fût leur portée réelle ou supposée, ces innovations ont été rapidement neutralisées. Cette conclusion est acquise, dès les années 1970, grâce aux travaux de l'école d'Aix-en-Provence[12] : les relations entre la loi et le règlement sont demeurées hiérarchiques et formelles, et la loi a progressivement recouvert – sans inconstitutionnalité[13] – son domaine

---

[10] v. les propos de Jérôme Solal-Céligny, l'un des « pères » du dispositif des articles 34, 37, 38 et 41 : *« nous passons l'éponge sur le passé. Nous faisons du nouveau. »* (Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.116) ; v. encore le titre de l'article de Marcel Martin, maître des requêtes au Conseil d'Etat, rapporteur-adjoint du projet de Constitution (« Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et domaine réglementaire », *RPDA,* 1958, p.VII-VIII) ; v. aussi, les propos de Michel Debré : *« la détermination du domaine de la loi est une novation importante. »* (DEBRE, M., *Trois républiques pour une France, 2, 1936-1958, Agir : dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle constitution,* Paris : Albin Michel, 1988, 460 pages, spéc. p.377)

[11] Ces éléments ont été mis en évidence à de nombreuses reprises (v., not. VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799,* Paris : PUF, 1991, 434 pages, spéc. p.2 et s.) Jusqu'alors, en effet, les textes constitutionnels se contentent, dans le meilleur des cas, d'habiliter l'Exécutif à produire des *« règlements (...) nécessaires pour l'exécution des lois »* (Constitution du 22 Frimaire An VIII (art. 44) ; Charte du 14 août 1830 (art. 13) ; Constitution du 14 janvier 1852 (art. 6)) voire *« pour la sûreté de l'Etat »* (Charte du 4 juin 1814 (art. 14)) ou habilitent le Conseil d'Etat à rédiger ou préparer les *« règlements d'administration publique »* (Constitution du 22 Frimaire An VIII (art. 52) ; Constitution de 1848 (art. 75) ; Constitution du 14 janvier 1852 (art. 50)) sans que l'on puisse inférer de ces dispositions la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir réglementaire général (en ce sens, VERPEAUX, M., *op. cit.,* p.407 et s.) Quant aux constitutions républicaines de 1795, 1875 et 1946 – inspirées ici de la Constitution du 3 septembre 1791 – elles demeurent complètement silencieuses sur la question, voire interdisent expressément certaines manifestations du pouvoir réglementaire (Constitution de 1791 (Article 6, Section 1re, Chapitre IV, Titre III) ; Constitution de 1946 (art. 13)).

[12] v. notamment, FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence : Economica-PUAM, 1981, 2e éd., 275 pages ; v. déjà, DUFFAU, J.-M., *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé,* Thèse, Paris II, 1976, 411 pages

[13] Cons. const., décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, *Loi sur les prix et les revenus*, cons. 11

antérieur. En définitive, selon les mots bien connus de Jean Rivero en 1977, *« la révolution était possible, la révolution n'a pas eu lieu. »*[14]

4. Encore fallait-il démontrer qu'il y eût une « révolution » possible. Or, cette étude restait à entreprendre[15]. Saisir la véritable portée du système de 1958, et proposer une analyse critique de l'exercice du pouvoir réglementaire sous la Ve République, suppose effectivement d'en étudier la *généalogie*. L'ouverture des archives permet aujourd'hui de mener cette recherche. Cette démarche doit permettre de répondre à trois questions : comment et pourquoi en est-on arrivé là ? ce point d'arrivée constitue-t-il une « révolution » [16] au regard des textes et des pratiques antérieurs ? pourquoi ce point d'arrivée a-t-il été majoritairement perçu, par les acteurs de l'époque (selon leur système de valeurs), comme une « révolution » ? Cette étude – qu'il faut réaliser de manière non téléologique – est celle de « l'émancipation du pouvoir réglementaire. » Avant de l'entreprendre, il convient d'en déterminer l'objet (§1), d'en définir le champ (§2), d'en exposer l'intérêt (§3) et de présenter les sources et méthodes employées pour la mener bien (§4). Ces considérations permettront d'éclairer la problématique de l'étude, la thèse défendue et le plan suivi pour la démontrer (§5).

§1. Objet et justification de l'étude

5. L'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire entre 1914 et 1958 suppose préalablement de répondre à deux questions : de quoi parle-t-on ? et pourquoi en parle-t-on ? Il convient donc de proposer une définition du pouvoir réglementaire (A), dont émergeront les données du problème posé par celui-ci dans la République parlementaire (B).

---

[14] RIVERO, J., « Rapport de synthèse », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.263

[15] On commence à l'entreprendre depuis peu. v., par exemple, STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République,* LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 125, 2007, 394 pages. Sur l'historiographie du pouvoir réglementaire, *cf. infra* n°86

[16] En tout état de cause, il ne s'agirait pas d'une « révolution » – au sens juridique du terme, car celle-ci supposerait que les articles 34, 37, 38 et 41 du texte constitutionnel de 1958 eussent été produits en violation des normes de production de normes en vigueur (c'est-à-dire de la constitution en vigueur). Or, la Constitution du 4 octobre 1958 (au moins jusqu'en 1962) tire sa validité formelle de son appartenance à l'ordre juridique de la IVe République, lui-même fondé par la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945. (Sur le concept de révolution juridique, v. LIET-VEAUX, G., *La continuité du droit interne : essai d'une théorie juridique des révolutions,* Paris : Recueil Sirey, 1943, 467 pages, spéc.p.46 ; PFERSMANN, O., « La production des normes : production normative et hiérarchie des normes », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2, Distribution des pouvoirs,* Paris : Dalloz, 2012, 805 pages, spéc. p.520 ; DEROSIER, J.-Ph., « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC,* n°2, 2015, p.391-404 ; CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »,* Paris : LGDJ, 2005, 665 pages, spéc. p.12 et s., et p.559 et s. et la bibliographie citée p.12)

Si « révolution » il y a, en 1958, dans les rapports entre la loi et le règlement, il ne peut donc s'agir que d'une « rupture » au sens commun ou sociologique du terme, c'est-à-dire d'un *« processus de transformation en règles de droit objectives de croyances subjectives. »* (CARTIER, E., *op. cit.,* p.12)

A- DEFINITION : LE POUVOIR REGLEMENTAIRE, ACTIVITE DE LEGISLATION GOUVERNEMENTALE

6. On définit le pouvoir réglementaire comme *l'activité de production, par l'Exécutif, d'énoncés normateurs à portée générale par voie impersonnelle à destination des administrés sur tout ou partie du territoire national.* Cette définition recoupe – peu ou prou – celle généralement admise par la doctrine classique[17], et contemporaine[18]. Réduit à sa plus simple expression, le pouvoir réglementaire est donc une *fonction*[19] *de législation gouvernementale*. Cette définition met en évidence l'exclusivité des considérations organiques et matérielles dans l'identification du pouvoir réglementaire (1). Leur combinaison révèle la dimension fondamentalement hétéronomique du pouvoir réglementaire (2).

1) La hiérarchie des critères de définition

7. La définition générique du pouvoir réglementaire suppose d'en hiérarchiser les critères d'identification. Seules les considérations organiques et matérielles sont essentielles à

---

[17] v., par exemple, *« Le Président de la République possède le* pouvoir réglementaire, *en ce que, par des* décrets généraux, *il peut faire des règlements pour assurer l'exécution des lois. Ces décrets (...) statuent pour l'avenir et à l'égard de tous, obligent les citoyens (...) »* (ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel,* Paris : L. Larose, 1896, 841 pages, spéc. p.509) ; *« La définition du règlement (...) est celle-ci : une règle obligatoire, imposée par une autorité publique autre que le Parlement. »* (MOREAU, F., *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français,* Paris : Fontemoing, 1902, 524 pages, spéc. p.2) ; « *L'autorité administrative ne pourrait remplir sa tâche, si elle ne possédait le pouvoir de prendre, à cet effet, certaines mesures générales par voie de réglementation : il faut donc bien lui reconnaître le pouvoir réglementaire »* (CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.2, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1922, 638 pages, spéc. p.30-31) ; *« Le pouvoir réglementaire est un pouvoir originaire du gouvernement exécutif, vu qu'il est impossible de gouverner sans édicter des règles générales (...) C'est au fond,* le pouvoir d'établir une règle générale par une décision exécutoire *»* (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2015, Reproduction en fac-similé de la 2e édition de Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 759 pages) ; *« Ce sont ces dispositions par voie générale édictées par des organes autres que le parlement, qu'on appelle des règlements, et le pouvoir appartenant exceptionnellement à certains organes d'édicter de semblables dispositions, le pouvoir réglementaire. »* (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t.3, 1927-1930, Paris : E. de Boccard, 856 pages, spéc. p.735) ; *« Le pouvoir réglementaire consiste dans la compétence qui appartient au gouvernement pour édicter des règlements ou décrets réglementaires, c'est-à-dire des mesures à portée générale »* (LAUBADERE (De), A., *Cours de droit constitutionnel : 1951-1952,* Paris : Les cours de droit, 364 pages, p.335) ; *« Le pouvoir réglementaire est la faculté reconnue à certains organes du Gouvernement ou de l'Administration d'édicter des règles générales et permanentes »* (VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* 1ère éd., Paris : Sirey, 1949, 616 pages, spéc. p.508)

[18] v., par exemple, BRUNET, P., « Les normes législatives et administratives », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., *Traité de droit administratif,* t.1, Paris : Dalloz, 2011, 841 pages, spéc. p.513 et s. ; CHAPUS, R., *Droit administratif général,* tome 1, 15e éd., Paris : Montchrestien, 2001, 1427 pages, spéc. p.209 ; FAVOREU, L., *et al., Droit constitutionnel,* Paris : Dalloz, 18e éd., 2015, 1103 pages, spéc. p.233 ; GICQUEL, J., GICQUEL, J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 22e éd., Paris : Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, 798 pages, spéc. p.56-57 ; MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif »,* Thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2017, 777 pages, spéc. p.244 et s. ; PLESSIX, B., *Droit administratif général,* 1ère éd., Paris : Lexis Nexis, 2016, 1504 pages, spéc. p.710 ; VERPEAUX, M., « Pouvoir réglementaire », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris : Presses universitaires de France-Quadrige, 2003, 1649 pages, p.1177-1180, spéc. p.1177

[19] Les termes « fonction » et « activité » sont pris pour synonymes. v. TIMSIT, G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1963, 329 pages, spéc. p.10

la définition du pouvoir réglementaire. Elles en constituent les éléments invariants et irréductibles (a). Les considérations formelles et procédurales, fonctionnelles et finalistes, ainsi que contentieuses découlent des premières, sont situées dans le temps et susceptibles d'évolution. Elles ne constituent que des variables, non discriminantes dans la définition et l'identification du pouvoir réglementaire (b). L'étude de ces variables figure en revanche au cœur de l'intelligence de l'émancipation du pouvoir réglementaire.

a) Les considérations invariantes et discriminantes

8. Deux conditions cumulatives sont nécessaires, mais suffisantes, à la définition du pouvoir réglementaire : une condition matérielle (l'activité de législation) (i) et une condition organique (l'exercice de cette activité par l'Exécutif) (ii).

i) La considération matérielle : l'activité de législation

9. Le pouvoir réglementaire est une activité de législation. Autrement dit – selon les termes de Léon Duguit – *« les règlements sont des lois matérielles. »*[20] Au point de vue matériel, en effet – c'est-à-dire au regard du fond des actes, donc de leur énoncé[21] – les règlement sont des *« actes-règles »*[22], et le pouvoir réglementaire une activité d'émission « d'actes-règles ». Ces deux composants méritent d'être expliqués.

10. L'activité de législation – entendue comme activité de production « d'actes-règles » – est, en premier lieu, une activité juridique, c'est-à-dire de production *d'actes juridiques.* Pour Léon Duguit, *« est acte juridique, tout acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnancement juridique (...) »*[23]. Autrement dit, au sens moderne, l'activité de législation est une activité de « décision ». Elle est porteuse d'une norme – c'est-à-dire d'un « devoir être » – qui affecte (par modification ou maintien[24]) tout ou

---

[20] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t.2, *op. cit.,* p.209, §.20. Le chantre de la conception organico-formelle de la loi, Raymond Carré de Malberg, l'admet sans peine : *« le pouvoir réglementaire dont est doté le chef de l'Exécutif peut aller jusqu'à lui permettre de faire entrer dans l'ordre régulateur des prescriptions générales présentant un caractère de nouveauté qui n'est pas moins prononcé que celui de telles ou telles prescriptions législatives. »* (CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 pages, spéc. p.33) *« Il se peut que l'activité des autorités exécutives (...) consiste en émission de règles toutes pareilles à celles édictées par voie de pouvoir législatif. »* (*ibid.,* p.45-46)

[21] v. MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.147 et s.

[22] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t.1, *op. cit.,* p.327 et s.

[23] *ibid.,* p.325-326

[24] v., SEILLER, B., « Acte administratif – identification », *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, octobre 2015, §.234-§.249

partie de l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire de l'ensemble des normes structurées en système. L'activité de législation est donc une activité d'émission *« d'actes normateurs »*[25], selon les termes de Charles Eisenmann, dont les énoncés *« prétendent normer le comportement »*[26]. En somme, la législation est porteuse d'un « devoir être » et se distingue en ce sens des activités simplement déclaratives, consultatives ou recommandatoires. Ces considérations expliquent qu'il faille exclure de la définition du pouvoir réglementaire les fonctions de « direction de l'action publique »[27], exercées par voie de circulaires ou instructions de service, à destination exclusive des agents administratifs. Cette activité relève, non d'un prétendu pouvoir réglementaire d'organisation et de fonctionnement internes des services, mais du *« pouvoir instructionnel »*[28] de tout supérieur hiérarchique. En tant qu'activité de production d'actes-règles, le pouvoir réglementaire est à destination des administrés[29] (c'est-à-dire des tiers à l'appareil d'Etat), ou il n'est pas.

11. L'activité de législation est, en second lieu, une activité d'émission de *règles.* Pour Léon Duguit, elles relèvent exclusivement du *« droit objectif »*[30], c'est-à-dire affectent l'ordonnancement juridique indépendamment des situations *subjectives* des individus auxquelles elles s'adressent. Autrement dit, la règle (c'est-à-dire la législation) se caractérise par la *généralité* de sa portée et *l'impersonnalité* de ses destinataires. Ces deux éléments – souvent confondus – sont conjointement nécessaires, mais suffisants à eux-seuls, pour qualifier un énoncé de règle. Ils ont récemment été remis en évidence par Benoît Montay[31], dont on se réapproprie ici l'analyse :

- D'une part, est une règle un énoncé dont la *« portée »* est générale et abstraite[32] ; on l'identifie par l'indétermination du nombre de cas qu'il entend régir[33]. Ainsi, selon l'exemple proposé par l'auteur, l'énoncé « les enfants ne sortent pas *le soir* » se distingue de l'énoncé « les enfants ne sortent pas *ce soir »*[34] par sa portée générale et abstraite, le second revêtant

---

[25] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 2, Paris : LGDJ, 1983, 908 pages, spéc. p.189-191

[26] MONTAY, B., *op. cit.,* p.155 et s.

[27] Selon la terminologie de Benoît Montay, qui les identifie et les analyse (*ibid.,* p.216 et s.).

[28] L'expression est de Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.670-671)

[29] Peu importe *l'instrumentum* employé. Une circulaire porteuse d'un énoncé normateur à portée générale par voie impersonnelle est un « acte règle », c'est-à-dire un règlement. Elle demeure la manifestation d'une activité de législation, par l'Exécutif, donc d'un pouvoir réglementaire. v. en ce sens, MONTAY, B., *op. cit.,* p.223

[30] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t.2, *op. cit.,* p.156, et p.165

[31] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.147 et s.

[32] *ibid.,* p.148

[33] *ibid.* L'auteur cite Charles Eisenmann : ces énoncés ont *« pour objet de régler la conduite de leurs sujets sans limitation de temps, pour une période illimitée, c'est-à-dire sans terme prédéterminé, le seul mode de fin des normes étant alors leur toujours possible abrogation »* (EISENMANN, C., *op. cit.,* p.414)

[34] MONTAY, B., *op. cit.,* p.147

une portée individuelle et concrète. L'indétermination des cas régulés est ainsi, non seulement matérielle, mais temporelle (car permanente).

- D'autre part, est une règle un énoncé dont la *« voie »*[35] est impersonnelle ; on l'identifie par l'universalité des destinataires à qui il s'adresse[36]. Ainsi, l'énoncé *« les enfants* ne sortent pas le soir » se distingue de l'énoncé *« ma fille,* vous ne sortirez pas ce soir »[37] par l'impersonnalité de ses destinataires, le second procédant par voie personnelle. Pour autant, l'impersonnalité d'un énoncé n'exclut pas qu'il s'adresse à une *catégorie* déterminée d'individus, sur tout ou partie du territoire national, à condition qu'il les saisisse sans considération personnelle.

12. Au sens matériel, le règlement ne se distingue donc pas de la loi. Ils sont tous deux le produit d'une activité de législation, c'est-à-dire d'émission « d'actes-règles ». Tous deux se distinguent, en revanche, des *« actes subjectifs »*[38] qui prétendent normer un comportement de manière concrète et individuelle. L'Ecole de Bordeaux ne s'y trompe pas et rattache le pouvoir réglementaire à l'exercice de la *fonction législative*[39], matériellement entendue. Le Tribunal des conflits le reconnaît lui-même dès 1923. Dans un arrêt *Septfonds,* il considère qu'un règlement *« participe (...) du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire, et qu'à ce dernier titre, les tribunaux judiciaires chargés de l'appliquer sont compétents pour en fixer le sens, s'il se présente une difficulté d'interprétation au cours d'un litige dont ils sont compétemment saisis. »*[40] Le juge judiciaire – compétent pour interpréter la loi – demeure compétent pour interpréter le règlement, et sanctionner sa violation au même titre que la violation de la loi[41]. Sur le fond, il n'existe donc aucune différence de nature entre une loi et un règlement, tous deux susceptibles de revêtir la même portée sur l'ensemble de la population et du territoire national. Le pouvoir réglementaire est une activité de législation. Sa spécificité est ailleurs –

---

[35] *ibid.,* p.150

[36] *ibid.,* p.151. Benoît Montay, citant Charles Eisenmann, relève que l'énoncé impersonnel s'adresse à ses destinataires de façon *« ut universitas »*, et non *« ut singuli »*. Demeure, en ce sens, impersonnel l'énoncé qui n'aurait pour destinataire que « le Président de la République » (*ibid.,* p.151).

[37] MONTAY, B., *op. cit.,* p.148

[38] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t.1, *op. cit.,* p.329

[39] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 3e éd., t.2, *op. cit.,* p.156, et p.209 et s. ; BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., Paris : LGDJ, 1943, 786 pages, spéc. p.59 et s., et p.279 et s. ; PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., Lille : Morel et Corduant, 1952, 579 pages, spéc. p.532 et s. Ce dernier auteur prend les expressions « législation gouvernementale » et « pouvoir réglementaire » pour synonymes.

[40] TC, 16 juin 1923, *Septfonds,* Rec. p.498 ; *S.* 1923.III.49, note Hauriou ; *D.* 1924.III.41, concl. Matter

[41] Article 471-15° de l'ancien code pénal. v. désormais l'article R.610-5 du code pénal.

et là réside le cœur de la problématique – il est une activité de législation exercée, non par le Parlement, mais par l'Exécutif.

ii) La considération organique : l'exercice par l'Exécutif

13. Le pouvoir réglementaire est une activité de législation *exercée par l'Exécutif.* Là réside la véritable spécificité du règlement par rapport à la loi. Leur différence procède de considérations *organiques*, non de considérations matérielles. Selon qu'elle sera exercée par l'Exécutif (législation gouvernementale[42]) ou par le Parlement (législation parlementaire), l'activité de législation prendra le nom de « pouvoir réglementaire », ou non. Dans cette étude, on réservera donc le qualificatif « pouvoir législatif » à l'exercice, par le Parlement, de l'activité de législation. On ne confondra donc pas les considérations organiques et les considérations fonctionnelles : l'activité de législation (la fonction législative) est susceptible d'être distribuée entre plusieurs organes, le Parlement et l'Exécutif. Cette distribution varie au cours du temps et selon les circonstances. Elle s'articule sur la base de considérations hiérarchiques (le principe de légalité), ou matérielles (la coordination des domaines). On en entreprendra ici l'étude entre 1914 et 1958. Réduit à sa plus simple expression, le pouvoir réglementaire est donc une activité de *législation par l'Exécutif.*

14. Reste à définir l'*Exécutif* au sens organique. On en retient – à titre provisoire[43] – la définition *latissimo sensu,* telle que proposée par Benoît Montay[44]. L'Exécutif n'est pas un « pouvoir » – car, rappelle l'auteur, il n'est pas un « souverain » – mais un organe exerçant des fonctions (c'est-à-dire des activités) au nom, et pour le compte, du souverain[45]. Force est de constater que l'Exécutif est un organe composite. Au sens le plus large, on considère qu'il s'apparente, non seulement au chef de l'Etat et / ou aux ministres, mais encore à *« l'appareil d'Etat »*[46], c'est-à-dire – selon la définition qu'en propose Charles Eisenmann – à cet

[42] En l'absence d'adjectif correspondant au substantif « Exécutif », susceptible de mettre en évidence cette dimension organique (l'adjectif « exécutif » prêterait à confusion), on retient l'adjectif « gouvernemental » (en son sens organique) comme renvoyant à l'Exécutif, *latissimo sensu* (*cf.,* la définition donnée ci-après, n°14). C'est d'ailleurs en ce sens que l'entendait Jean-Jacques Rousseau (*Du Contrat Social,* Livre III, p.91 et s.) On eût pu également parler de « législation administrative » à condition d'entendre l'adjectif en son sens organique. Cette dernière formule risquait cependant de prêter à confusion, car l'Administration est souvent définie par référence à des considérations fonctionnelles ou contentieuses (sa subordination).

[43] Le champ de l'étude est plus restreint. Il n'inclut que les organes suprêmes de l'Exécutif central.

[44] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.14 et s.

[45] *« le pouvoir souverain, qui n'exerce pas directement sa souveraineté dans les régimes représentatifs, ventile un certain nombre de* fonctions *au sein de différents* organes*, lesquels sont censés le représenter et exercer en son nom lesdites activités »* (*ibid.,* p.15)

[46] *ibid.,* p.16

« appareil d'organes entre lesquels existe la relation hiérarchique »[47]. Cette définition permet d'inclure dans l'Exécutif l'ensemble de l'Administration, c'est-à-dire les agents publics reliés entre eux par un principe hiérarchique[48]. L'Exécutif comprend donc, tout à la fois (lorsqu'ils existent), le chef de l'Etat, le chef de Gouvernement, les ministres et tous leurs services sur le territoire national, ou à l'étranger.

15. Faut-il y inclure les collectivités territoriales ?[49] On pourrait *a priori* en douter, car il n'existe plus aujourd'hui de subordination hiérarchique *stricto sensu* entre celles-ci (dont les organes dirigeants sont élus) et les autorités centrales[50]. Deux raisons plaident néanmoins en faveur de l'inclusion des collectivités territoriales dans l'Exécutif, entendu *latissimo sensu.* La première est historique. La centralisation politique et administrative du début du XIXe siècle implique « d'inféoder » – l'expression est de Grégoire Bigot – les collectivités locales[51]. Les départements, arrondissements et communes relèvent historiquement de l'Exécutif, dont ils ne sont que les démembrements sur le territoire. La décentralisation des années 1870-1880 ne change guère cet état des choses[52]. Le département et la commune demeurent sous la tutelle « rigoureuse »[53] des autorités centrales, par l'intermédiaire du préfet. Jusqu'en 1982, l'action des collectivités territoriales demeure *a minima* soumise au *« consentement »*[54] – c'est-à-dire au « veto » – des organes centraux. La seconde raison plaidant en faveur de l'inclusion des collectivités territoriales dans l'Exécutif est tirée de l'examen du droit positif en vigueur. Aujourd'hui encore, les collectivités territoriales demeurent reliées par « *des chaînes de dépendance »*[55] aux autorités centrales. Surtout, comme le remarque Bertrand Faure, *« le*

---

[47] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 1, Paris : LGDJ, 1982, 786 pages, spéc. p.181, cité par MONTAY, B., *op. cit.,* p.16

[48] MONTAY, B., *op. cit.,* p.16

[49] Les collectivités territoriales demeurent hors du champ de l'étude (*cf. infra,* n°80). Mais la définition générique du pouvoir réglementaire suppose de répondre à cette question.

[50] v. FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales,* 5e éd., Paris : Dalloz, 2018, 803 pages, spéc. p.13 et s., et p.747. Une définition générique de la « décentralisation » exclut d'ailleurs l'idée de subordination hiérarchique. v. EISENMANN, C., « Les structures de l'Administration », *in :* AUBY, J.-M., *et al., Traité de science administrative,* Paris : Mouton & Co, 1966, 901 pages, spéc. p.261-318, reproduit *in :* EISENMANN, C., préface CHIFFLOT, N., *Ecrits de droit administratif,* Paris : Dalloz, 2013, 655 pages, spéc. p.36

[51] BIGOT, G., *L'Administration française : politique, droit et société. Tome 1, 1789-1870,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 397 pages, spéc. p.85 et s., p.100 et s., et p.167 et s.

[52] BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française : politique, droit et société. Tome 2, 1870-1944,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 499 pages, spéc. p.54 et s., et p.128 et s.

[53] *ibid.,* p.130

[54] EISENMANN, C., « Les structures de l'Administration », *art. cit.,* p.62. Pour l'auteur, on ne peut donc pas parler de « décentralisation », mais de « semi-décentralisation ». Ce « pouvoir de consentement » des autorités centrales prive les collectivités territoriales de leur indépendance d'action.

[55] FAURE, B., *Droit des collectivités territoriales, op. cit.,* p.697

maintien du concept de tutelle n'a rien d'inapproprié »[56] pour qualifier certaines des fonctions reconnues aux préfets en l'état actuel du droit positif. Non seulement, le préfet conserve une tutelle sur certains actes locaux (s'exerçant par le pouvoir de se substituer à l'autorité décentralisée défaillante en certaines matières[57]), mais surtout les autorités centrales demeurent habilitées à suspendre (par arrêté ministériel), voire à révoquer (par décret en conseil des ministres) les maires et leurs adjoints, et même à dissoudre (par décret en conseil des ministres) les assemblées délibérantes locales[58]. En France, force est donc de constater que les collectivités territoriales demeurent – historiquement et au regard du droit positif – des composants de « l'appareil d'Etat », donc de l'Exécutif *latissimo sensu*. La doctrine s'entend d'ailleurs pour y voir des organes de l'Administration. L'activité de législation des collectivités territoriales s'apparente donc à une manifestation du pouvoir réglementaire[59].

16. Quant aux autorités administratives indépendantes, elles demeurent des *« segments de l'Exécutif »*[60], selon les mots de Jean-Bernard Auby. Indépendantes *« au sein de l'appareil d'Etat »*[61], elles ne sont pas indépendantes *de* l'appareil d'Etat ; notamment parce qu'elles sont dépourvues – sauf rares exceptions – de la personnalité juridique. Elles procèdent de l'Exécutif car entretiennent avec les autorités centrales des relations, non certes hiérarchiques, mais réticulaires[62]. Lorsqu'elles exercent des activités de législation, celles-ci prennent à leur tour le nom de pouvoir réglementaire.

17. Ainsi, en France, est « pouvoir réglementaire » toute activité de législation exercée par l'Exécutif ainsi entendu. On parle communément de pouvoir réglementaire du Premier ministre, du Président de la République, des ministres, des préfets, des collectivités

---

[56] *ibid.,* p.700 ; et p.699 et s. Pour l'auteur, *« il ne faut pas exagérer l'opposition entre le pouvoir hiérarchique et le pouvoir de tutelle ».* (*ibid.,* p.13), laquelle semble procéder d'une différence de degrés davantage que de nature. (v. aussi, *ibid.,* p.703)

[57] Notamment en matière de police administrative et en matière budgétaire. (*ibid.,* p.728).

[58] *ibid.,* p.124-127, et p.276-277 ; v. encore, VERPEAUX, M., *Les collectivités territoriales,* 5e éd., Paris : Dalloz, 2015, coll. « Connaissance du droit », 201 pages, p.156-158

[59] Cette conclusion se vérifie *a contrario.* A mesure que s'atténue la dépendance d'une collectivité au regard de l'Exécutif central, s'accroît sa dimension parlementaire. L'activité de législation exercée relève alors davantage du « pouvoir législatif » que du « pouvoir réglementaire », ce que confirment les régimes contentieux qui en découlent. (v., par exemple, les « lois de pays » de Nouvelle-Calédonie (sur ce point, v. FAURE, B., *op. cit.,* p.361-362)

[60] AUBY, J.-B., « Remarques terminales », *RFDA,* n°5, 2010, « dossier spécial : les autorités administratives indépendantes », p.931-935

[61] *ibid.*

[62] v., en ce sens, CAILLOSSE, J., « Les « principes généraux » de l'organisation administrative », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., *Traité de droit administratif,* t.1, *op. cit.,* p.149-205, spéc. p.166 et p.196 et s.

territoriales[63], des autorités administratives indépendantes[64] etc. Il faut immédiatement souligner que les considérations *contentieuses* (relatives au régime du pouvoir réglementaire) sont indifférentes à qualifier une activité de pouvoir réglementaire. Elles découlent généralement des considérations organiques. Autrement dit, la subordination à la loi n'est pas un critère du pouvoir réglementaire (*cf. infra,* n°23 s.). L'étude du droit positif confirme d'ailleurs cette analyse rationnelle.

18. Les considérations matérielle (l'activité de législation) et organique (l'exercice par l'Exécutif) sont donc nécessaires, mais suffisantes lorsqu'elles sont cumulées, à définir le pouvoir réglementaire. Elles en constituent les invariants, suffisants à qualifier un énoncé de « règlement ». Les autres considérations sont variables, c'est-à-dire non discriminantes dans la définition du pouvoir réglementaire.

b) Les considérations variables et indifférentes

19. Toutes les autres considérations ne sont pas inhérentes à la définition du pouvoir réglementaire, au sens où elles n'en constituent pas des invariants. Les considérations formelles et procédurales (i), fonctionnelles et finalistes (ii) et contentieuses (iii) découlent généralement des considérations organiques. Elles sont situées dans le temps et essentiellement contingentes. Elles ne sont pas discriminantes dans la définition du pouvoir réglementaire, mais permettent évidemment d'en expliquer l'évolution historique, et d'en étudier la portée en droit positif. L'examen de leur variation est d'ailleurs au cœur de l'intelligence de l'émancipation du pouvoir réglementaire.

i) Les considérations formelles et procédurales : l'*instrumentum*

20. L'*instrumentum* – c'est-à-dire le support – est classiquement indifférent à la définition du pouvoir réglementaire. Tout énoncé normateur de portée générale et impersonnelle à destination des administrés est un règlement, quel qu'en soit le support. Ces éléments sont bien connus. Le pouvoir réglementaire peut s'exercer en la forme de décret simple[65], de décret en Conseil d'Etat[66], de décret en Conseil des ministres[67], d'ordonnance[68],

[63] v. article 72, al. 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; v. encore, FAURE, B., *Le pouvoir réglementaire des collectivités locales,* Paris : LGDJ, 1998, 329 pages

[64] HACQUET, A., « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes », *RDP,* n°2, 2008, p.393-417

[65] Décret n°48-855 du 22 mai 1948, dit « Poinso-Chapuis », relatif aux attributions de l'union nationale et des unions départementales ou locales des associations familiales (J.O.R.F du 23 mai, p.4932)

d'arrêté ministériel[69], ou préfectoral[70], ou municipal[71], de délibération[72], de circulaire[73], de recommandation[74], de décision[75], voire « d'acte constitutionnel »[76] etc. Ces considérations formelles et procédurales sont absolument indifférentes à la définition du pouvoir réglementaire, et à qualifier comme tel une activité de l'Exécutif (qui exerce le pouvoir de nomination dans les mêmes formes).

ii) Les considérations fonctionnelles et finalistes : le champ

21. Les considérations fonctionnelles (l'objet) ou finalistes (le but) ne permettent pas davantage d'identifier un acte réglementaire. On ne peut – y compris sous la Ve République – définir le pouvoir réglementaire au regard de son domaine d'intervention. Le système des articles 21, 34, 37 et 38 de la Constitution permet à l'Exécutif de réguler toute matière, soit de manière initiale et autonome, soit sur habilitation législative formelle, soit de manière complémentaire et subordonnée[77]. *A fortiori,* cette observation se vérifie-t-elle dans la situation antérieure à 1958, ignorant peu ou prou les considérations matérielles. A vrai dire, aucune matière n'est – ou n'a été – en droit positif actuel, ou antérieur, interdite ou réservée à

---

[66] Décret n°2016-1800 du 21 décembre 2016 relatif à l'obligation de porter un casque pour les conducteurs et les passagers de cycle âgés de moins de douze ans (J.O.R.F du 22 décembre, texte n°97)

[67] Décret n°84-135 du 24 février 1984 portant statut des personnels enseignants et hospitaliers des centres hospitaliers et universitaires (J.O.R.F du 25 février, p.705)

[68] Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail (J.O.R.F du 23 septembre, texte n°33) ; Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental (J.O.R.F du 10 août, p.688)

[69] Arrêté du 2 septembre 2015 relatif au diplôme d'Etat de masseur-kinésithérapeute (J.O.R.F du 4 septembre, p.15584)

[70] Arrêté du 19 novembre 2015 n° 2015-00933 réglementant temporairement l'acquisition et la détention des artifices de divertissement et articles pyrotechniques dans l'agglomération parisienne à l'occasion de la COP 21 (R.A.A du département de Paris, 19 novembre 2015, acte n°2015323-0001)

[71] Arrêté du 6 mars 2018 n° 2018 P 10661 portant réglementation de la circulation sur les Berges de Seine Rive droite à Paris, 1er et 4e arrondissements (B.O.V.P. du 9 mars 2018, p.996)

[72] Délibération n°CR 2018-031du 20 septembre 2018 relative à l'action régionale en faveur du logement (R.A.A de la région île de France, septembre 2018, p.99)

[73] Circulaire du 11 janvier 1950 du ministre de l'éducation nationale concernant l'application des dispositions de la loi Falloux du 15 mars 1850 relatives aux subventions des départements et communes aux établissements privés d'enseignement secondaire (B.O. de l'éducation nationale, 19 janvier 1950)

[74] S'agissant d'un acte d'une autorité administrative indépendante (v. CE, 11 octobre 2012, *Casino Guichard-Perrachon,* Rec. p.361 ; *AJDA* 2012.1925 ; *AJDA* 2012.2373, chr. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.* 2013.732, obs. D. Ferrier ; *RTD com.* 2012.747, obs. E. Claudel ; *RTD com.* 2013.237, obs. G. Orsoni. (solution implicite))

[75] Décision du 24 avril 1961 relative à la garde à vue (J.O.R.F du 24 avril, p.3876) ; décision 27 avril 1961 instituant un Haut tribunal militaire (J.O.R.F du 28 avril, p.3947)

[76] Acte constitutionnel n°1 du 11 juillet 1940 (J.O.R.F du 12 juillet, p.4517). Ces actes du Maréchal Pétain – qui prennent parfois le nom de « loi » – n'en restent pas moins des manifestations du pouvoir réglementaire, tel qu'on le définit ici : ils révèlent une activité de législation exercée par l'Exécutif.

[77] Les « domaines » de la loi et du règlement demeurent d'ailleurs variables, en vertu du dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution.

l'exercice du pouvoir réglementaire. La détermination d'un critère fonctionnel, ou finaliste, du pouvoir réglementaire échappe d'ailleurs à l'analyse rationnelle[78]. De surcroît, aucune des classifications imaginées, depuis le XIXe siècle, pour définir le champ du pouvoir réglementaire ne résiste à l'examen du droit positif :

- Ainsi en est-il, par exemple, de la distinction « gouvernement » / « administration »[79]. Au XIXe siècle, nombreux sont les auteurs à rattacher l'exercice du pouvoir réglementaire à la « haute administration » (c'est-à-dire à la fonction gouvernementale), telle que l'entendent Henrion de Pansey[80] ou encore Edouard Laferrière[81]. Qui pourrait effectivement nier que le pouvoir réglementaire ait toujours été l'instrument de préservation des grands intérêts nationaux, en période ordinaire ou extraordinaire ? De multiples illustrations en témoigneront dans cette étude. Il suffit ici de mentionner l'exemple d'un décret du 31 octobre 1916 relatif aux réquisitions civiles pour la durée des hostilités[82], d'un décret du 20 mars 1939 augmentant la durée hebdomadaire du travail à 60 heures[83], d'une ordonnance du 30 octobre 1945 instituant un commissariat à l'énergie atomique[84], voire d'un décret du 1er octobre 1954 relatif à la distribution du lait dans les écoles[85]. En revanche, on peine à percevoir ce qui relève de la « haute administration » dans ce décret du 31 juillet

---

[78] En vérité, on montrera qu'il existe – bel et bien – une spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire : c'est sa capacité « d'adaptation réactive ». (v. en ce sens, et sur ce terme, NAPOLI, P., « Police et société. La médiation symbolique du droit. », *Enquête,* n°7, « Les objets du droit », novembre 1999, p.127-144, spéc. p.136). Le pouvoir réglementaire *réagit* aux circonstances (de temps et de lieu) et *adapte* le droit institutionnel en conséquence. (*cf. infra,* n°522 s., 775 s., n°987 s.). Mais, d'une part, cette spécificité fonctionnelle ne procède d'aucune considération matérielle, et d'autre part, elle découle entièrement des considérations organiques. Le pouvoir réglementaire est un instrument « d'adaptation réactive », parce qu'il est *aux mains de l'Exécutif.* Il s'agit donc d'une spécificité fonctionnelle de l'organe, non de l'instrument.

[79] Sur cette distinction, v. SERRAND, P., « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Juspoliticum,* n°4, 2010. On en proposera notre propre analyse dans le corps de l'étude (*cf.* n°442 s., n°546 s.).

[80] *« la haute administration, ou, en d'autres termes, le gouvernement, établit les relations extérieures, surveille et dirige dans l'intérieur tous les mouvements du corps politique, pourvoit à tous les besoins généraux de la société, prévient les attentats à la sûreté publique, maintient l'harmonie entre les différents pouvoirs, <u>et fait les règlements</u> nécessaires pour l'exécution des lois. »* (on souligne) (HENRION DE PANSEY, P., *Œuvres judiciaires,* Paris : B. Dussillon, éditeur, 1843, 768 pages, spéc. p.213

[81] LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 1ère éd., tome 2, Paris : Berger-Levrault et cie, 1888, 675 pages, spéc. p.397

[82] Décret du 31 octobre 1916 portant que, pendant la durée de la guerre, le Gouvernement prend les mesures nécessaires pour assurer la continuité des exploitations dont l'arrêt est de nature à compromettre la défense nationale (J.O.R.F. du 1er novembre, p.9498

[83] Décret du 20 mars 1939 relatif aux conditions du travail dans les entreprises travaillant pour la défense nationale (J.O.R.F. du 21 mars, p.3665)

[84] Ordonnance n°45-2563 du 30 octobre 1945 instituant un Commissariat à l'énergie atomique (J.O.R.F. du 31 octobre, p.7065)

[85] Décret n°54-981 du 1er octobre 1954 relatif à la distribution de lait et de sucre dans les écoles (J.O.R.F. du 2 octobre, p.9264). Il s'agissait d'une véritable politique publique nationale, non seulement sanitaire, mais économique (permettant d'écouler la production laitière). Elle est menée par Pierre Mendès France.

1937 relatif à la délimitation de l'aire de production des vins de « bourgogne aligotés »[86], dans celui du 25 août 1949 relatif au conditionnement des arachides[87], ou dans celui du 21 juin 2019 modifiant la définition de l'engin de service hivernal[88]. Force est de conclure que le pouvoir réglementaire relève historiquement, et positivement, tant de la fonction gouvernementale (de direction de la vie en société / l'action primaire), que de la fonction administrative (de sa mise en œuvre journalière / l'action secondaire).

- Le champ du pouvoir réglementaire ne recoupe pas davantage les distinctions classiquement opérées dans l'analyse des fins de l'activité l'Etat[89]. Aucune considération finaliste n'est discriminante dans l'identification du pouvoir réglementaire. Ainsi, le règlement est tout à la fois l'instrument de « l'Etat-gendarme »[90], que de « l'Etat-providence »[91] ; il relève tant de la « police »[92] que du « service public »[93] ; participe tant de la « contrainte »[94] que de la « liberté »[95] etc.

22. On ne peut donc définir le pouvoir réglementaire ni par son objet, ni par son but. Autrement dit, on ne peut distinguer la loi du règlement par référence à leur champ d'application. Les considérations relatives au « domaine » ou aux « matières » du pouvoir réglementaire sont contingentes et variables. Celles-ci découlent des considérations organiques, y compris sous la Ve République : la distribution des fonctions de législation entre le Parlement et l'Exécutif dépend des circonstances de fait (politiques, économiques et sociales), des propriétés (d'action, de décision, de délibération, de représentation etc.)

---

[86] Décret du 31 juillet 1937 relatifs à la définition d'appellations d'origine contrôlées (J.O.R.F du 11 août, p.9072)

[87] Décret n°49-1323 du 25 août 1949 relatif au conditionnement des arachides (J.O.R.F du 1er octobre, p.9769)

[88] Décret n°2019-620 du 21 juin 2019 relatif aux engins de service hivernal (J.O.R.F. du 23 juin, texte n°2)

[89] Ces fins ne se réduisent pas à la production autopoïétique du droit. En ce sens, Charles Eisenmann les qualifie de fonctions « politico-sociales » de l'Etat. L'auteur en propose une typologie, à laquelle on se réfère ici. (v. EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.291-311, spéc. p.305 et s.)

[90] Décret n°73-1219 relatif aux militaires engagés (J.O.R.F des 31 décembre 1973 et 1er janvier 1974, p.28)

[91] Décret n°2018-1150 du 14 décembre 2018 portant attribution [d'une prime de noël] (J.O.R.F. du 15 décembre, texte n°8)

[92] Décret du 31 décembre 1922 portant règlement général sur la police de la circulation et du roulage [code de la route] (J.O.R.F. du 6 janvier 1923, p.194)

[93] Décret du 31 août 1937 portant réorganisation du régime des chemins de fer (J.O.R.F du 1er septembre, p.100065) [création de la SNCF]

[94] Décret du 7 janvier 1915 portant interdiction de la vente et de la circulation de l'absinthe (J.O.R.F du 8 janvier, p.133)

[95] Décret du 30 octobre 1935 relatif à la protection de l'enfance (J.O.R.F. du 31 octobre, p.11465)

inhérentes à chacun d'eux[96], et de la légitimité qui leur est reconnue. Au fil du temps, une même matière est susceptible d'être régulée tant par la loi, que par le règlement. On ne peut donc – ni dans une perspective historique, ni même en droit positif – définir le pouvoir réglementaire au regard de son champ d'application, essentiellement contingent et variable. Mais l'étude de cette variable figure – en revanche – au cœur de l'intelligence du processus « d'émancipation » du pouvoir réglementaire. L'identification d'un champ propre (voire réservé) au pouvoir réglementaire est, en effet, une préoccupation constante au XXe siècle ; accommoder la République parlementaire au « pouvoir d'action » (*cf. infra,* n°55 s.) amène les acteurs à chercher à rationaliser la distribution *des* fonctions de législation entre l'Exécutif et le Parlement, sur la base de considérations matérielles. La question du champ d'application n'est donc pas inhérente à la définition du pouvoir réglementaire, mais essentielle à l'étude de son émancipation. Il en est de même des considérations contentieuses.

iii) Les considérations contentieuses : le régime

23. Les considérations contentieuses sont-elles inhérentes à la définition du pouvoir réglementaire ? Autrement dit, un règlement est-il nécessairement subordonné à la loi ? Là encore, une réponse négative s'impose. Le régime contentieux n'est pas une propriété, mais une *conséquence* des propriétés du pouvoir réglementaire. Il découle notamment des considérations organiques, particulièrement des représentations axiologiques de leur légitimité à des époques données. Ni l'analyse rationnelle, ni l'analyse positive ne confirment ainsi l'idée d'une nécessaire subordination hiérarchique du règlement à la loi parlementaire.

24. D'un point de vue rationnel, il est évident que l'on ne peut rien tirer des qualifications contentieuses pour définir le pouvoir réglementaire. *« L'on ne saurait dire qu'un quelconque changement dans le régime contentieux emporte avec lui un changement dans la nature de l'activité »*[97]. Ainsi, l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'est*[98] rendu par le Conseil

[96] Ainsi, depuis l'entre-deux-guerres (et aujourd'hui encore), ce sont les considérations circonstancielles, et organiques, qui justifient le recours aux décrets-lois (ou ordonnances). Les exposés des motifs des lois d'habilitation, ou leurs récentes études d'impact, en témoignent avec constance : *« Le recours aux ordonnances permet de répondre à la nécessité d'agir rapidement pour poser un nouveau cadre juridique stable (...) »* (on souligne) (Etude d'impact sur le projet de loi d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, 27 juin 2017, p.3)

[97] MONTAY, B., *op. cit.,* p.23. Sur le rejet des qualifications contentieuses dans l'analyse de l'histoire du droit administratif, v. déjà GIRARD, A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral,* Paris : Dalloz, 2013, 620 pages, spéc. p.2 et s.

[98] CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres,* Rec. p.913, concl. Tardieu ; *D.* 1909.III.57, concl. Tardieu ; *S.* 1908.III.1, note Hauriou, concl. Tardieu ; *RDP,* 1908.38, note Jèze. Par cet arrêt, le Conseil d'Etat admet l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des RAP. Ce faisant, il assure la subordination des RAP à la loi parlementaire.

d'Etat le 6 décembre 1907 ne modifie en rien la nature de l'activité exercée par le Président de la République lorsqu'il édicte un règlement d'administration publique (RAP)[99]. Avant comme après cette date, il exerce la même activité de législation, au terme de la même procédure et dans les mêmes formes, emportant la même modification de l'ordonnancement juridique et les mêmes effets sur les administrés. Seule la qualification contentieuse varie (et c'est beaucoup), le RAP obéissant à l'avenir au régime de l'acte administratif. Autrement dit, l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1907 n'affecte que *l'articulation* des fonctions de législation, entre l'Exécutif et le Parlement, désormais hiérarchisées entre-elles. Il ne modifie pas la nature de chacune de ces deux activités. Définir le pouvoir réglementaire à partir de qualifications contentieuses aboutirait, par ailleurs, au résultat paradoxal de devoir traiter différemment des manifestations singulièrement identiques de législation gouvernementale. Force est, en effet, de constater que rien – au fond – ne distingue ces quatre actes de 1914, 1941, 1961 et 1962 par lesquels Poincaré, Pétain et de Gaulle créent des juridictions répressives spéciales pouvant aller jusqu'à prononcer la peine de mort[100] (respectivement, les conseils de guerre spéciaux, les sections spéciales, le tribunal militaire et la cour militaire de justice). Or ces actes obéissent chacun à des régimes contentieux différents : le décret de 1914[101] et l'ordonnance de 1962[102] demeurent des actes « administratifs »[103] ; la décision de 1961 est qualifiée d'acte « législatif » et obéit au régime de la loi formelle[104] ; quant à la loi de 1941, rétroactivement qualifiée « d'acte dit loi », elle s'apparente à un acte inexistant[105]. Les qualifications contentieuses sont donc contingentes et variables, selon les conceptions prévalentes à une époque donnée, voire selon les considérations d'opportunité[106]. Ces quatre

---

[99] v., en ce sens, MONTAY, B., *op. cit.,* p.23, dont on se réapproprie l'exemple.

[100] Décret du 6 septembre 1914 relatif au fonctionnement des conseils de guerre (J.O.R.F. du 7 septembre, p.7866) ; loi n°3515 du 14 août 1941 réprimant l'activité communiste ou anarchiste (J.O.E.F. du 23 août 1941, p.3551) ; décision du 3 mai 1961 instituant un tribunal militaire (J.O.R.F du 4 mai, p.4115) ; ordonnance n°62-618 du 1er juin 1962 instituant une Cour militaire de justice (J.O.R.F du 2 juin, p.5316).

[101] CE, 3 décembre 1914, *Cnudde,* Rec. p.1045 ; *RDP* 1915.81, note G. Jèze (solution implicite). Le décret du 6 septembre 1914 n'est pas directement contesté par la voie du recours pour excès de pouvoir. Mais tout indique que le Conseil d'Etat eût appliqué sa jurisprudence constante depuis 1907, et admis la recevabilité d'un tel recours. Il l'a d'ailleurs fait à propos de tous les actes réglementaires sous la Première guerre mondiale.

[102] CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot,* Rec. p.552 ; *AJ* 1962.612, chr. de Laubadère ; *JCP* 1962.II.13068, note C. Debbash ; *RA* 1962.623, note Liet-Veaux.

[103] Le décret du 6 septembre 1914 est édicté en dehors de toute habilitation législative. On ne peut donc y voir un critère qui justifierait qu'il obéisse au même régime que l'ordonnance de 1962.

[104] CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres,* Rec. p.143 ; *JCP* 1962.II.12613, concl. Henry ; *RDP* 1962.294, concl. Henry ; *AJ* 1962.214, chr. Galabert et Gentot ; *D.* 1962.109, chr. G. Morange

[105] Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental (J.O.R.F du 10 août, p.688), art. 2 et 3 ; v. CARTIER, E., *op. cit.,* p.336-337

[106] En témoignent les débats relatifs à l'élaboration du projet d'article 92 de l'actuelle Constitution, devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, le 26 août 1958 : - M. le Président Latournerie : *« [D]u seul fait que ces mesures seront prises par ordonnances ayant force de loi, elles auront un caractère législatif ? »*,

actes, qui émanent de la même autorité (le chef de l'Etat), qui revêtent la même portée (générale et impersonnelle), qui régulent le même objet (la création de juridictions répressives spéciales) et qui affectent les administrés dans les mêmes termes (privation potentielle de la liberté, voire de la vie) obéissent pourtant à trois régimes différents[107]. On ne peut donc inférer des qualifications contentieuses aucune conséquence sur la nature de l'activité exercée. Bâtir une définition du pouvoir réglementaire suppose donc de se départir de ces qualifications[108].

25. Une raison supplémentaire l'impose. Les considérations contentieuses découlent généralement des considérations organiques. Sauf à inverser l'ordre des facteurs, c'est donc à partir de l'activité des organes – et non du régime de ces activités – qu'il faut entreprendre l'étude du pouvoir réglementaire. En effet, *le critère de l'articulation* des fonctions de législation (le caractère subordonné, ou non, du règlement) dépendra toujours de l'existence, ou non, d'une différenciation organique entre l'Exécutif et le Parlement, et toujours de la légitimité reconnue à chacun de ces organes à une époque donnée (selon les représentations axiologiques prévalentes *hic et nunc*). Ainsi, la concentration des fonctions de législation dans les mains de l'Exécutif (notamment en période d'interrègne constitutionnel) entraînera logiquement l'absence d'articulation possible – donc l'absence de hiérarchisation – de la législation gouvernementale et de la législation parlementaire[109]. De même que l'identification du Parlement au souverain, dans l'idéal républicain de la première moitié du XXe siècle, aboutira logiquement à la subordination de la législation gouvernementale à la législation parlementaire. A mesure que s'atténuera cette identification, s'atténuera corollairement la supériorité de la loi sur le règlement. L'articulation des fonctions de législation entre l'Exécutif et le Parlement (leur hiérarchisation ou leur coordination) dépend donc toujours de la légitimité reconnue à chacun des deux organes, selon les conceptions prévalentes à une époque donnée.

26. Il en résulte que les considérations contentieuses ne sont pas discriminantes dans la définition du pouvoir réglementaire. Autrement dit, le règlement n'est pas nécessairement

---

- M. Janot : *« Oui ! »*, - M. Solal-Céligny, rapporteur : *« Oui. »*, - M. Janot : *« C'est ce qu'on désire, en tous cas. »* (on souligne) (*DPS,* vol. 3, p.229)

[107] L'ordonnance du 1er juin 1962 est d'ailleurs la copie presque conforme de la décision du 3 mai 1961.

[108] Si les considérations contentieuses étaient discriminantes dans la définition du pouvoir réglementaire, il faudrait considérer – à rebours de la solution de 1907 – comme « moins » réglementaire un acte à l'encontre duquel le Conseil d'Etat a restreint les moyens invocables dans le cadre d'une exception d'illégalité. (CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT,* req. n°414583 ; *AJDA* 2018.1009 ; *AJDA* 2018.1206, chr. S. Roussel et C. Nicolas ; *AJFP* 2018.278 ; *RFDA* 2018.649, concl. A. Bretonneau)

[109] Ainsi s'explique, par exemple, le régime des ordonnances du Gouvernement provisoire de la République française (GPRF) jusqu'au 2 novembre 1945, ou le régime des ordonnances de l'article 92 de l'actuelle Constitution.

subordonné à la loi. Parler de « règlement administratif » relève d'un jugement *synthétique*, non d'un jugement *analytique*[110] (sauf à considérer l'adjectif « administratif » en son sens organique, dans ce cas le jugement redeviendrait analytique). L'examen rapide du droit positif confirme cette analyse. Force est de constater que – même lorsque les Chambres sont régulièrement réunies – le pouvoir réglementaire demeure périodiquement affranchi de l'une, ou des deux, conditions de la légalité administrative identifiées par Raymond Carré de Malberg[111]. Au XXe siècle, le règlement n'est ni nécessairement *conditionné* par la loi (obligation d'agir *secundum legem*, c'est-à-dire à la suite d'une loi), ni nécessairement *limité* par la loi (obligation de se maintenir *infra legem*, c'est-à-dire *a minima* de s'abstenir d'agir *contra legem*) :

- Les règlements autonomes, dont le Conseil d'Etat admet la régularité dès avant 1958, demeurent par exemple affranchis de la condition *secundum legem*[112]. Ils ne peuvent contrarier la loi parlementaire, mais lui sont chronologiquement antérieurs dans la régulation nouvelle d'un champ d'application. Ils interviennent de manière initiale dans la modification de l'ordonnancement juridique (*cf. infra,* n°484 s., 645 s.) ;

- Les décrets-lois, dont le Conseil d'Etat admet la régularité dès 1918, sont affranchis de la condition *infra legem*[113]. Ils peuvent abroger ou modifier des dispositions législatives formelles en vigueur, à condition d'y avoir été habilités par une loi parlementaire. Ils demeurent chronologiquement postérieurs à leur loi d'habilitation, mais déterminent initialement le contenu des normes qu'ils posent (*cf. infra,* n°620 s.) ;

- Quant aux règlements de nécessité, dont le Conseil d'Etat admet la régularité dès 1915, ils sont affranchis tant de la condition *secundum legem,* que de la condition *infra legem*[114]. Ils peuvent abroger ou modifier des dispositions législatives formelles en vigueur, sans habilitation parlementaire chronologiquement antérieure. Ils sont donc, en ce sens,

---

[110] Cette distinction est empruntée à la philosophie kantienne. Si le prédicat est contenu (implicitement) dans le sujet, on parlera de « jugement analytique » (par exemple : ce géant est grand). Si le prédicat est extérieur et ajoute à la connaissance du sujet, on parlera de « jugement synthétique » (par exemple : ce géant est méchant). (v. KANT, E., *Critique de la raison pure : introduction,* traduit par Alain Renaut, Paris : Flammarion, 2017, 192 pages, spéc. p.100)

[111] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488

[112] Décret du 10 mars 1899 portant règlement relatif à la circulation des automobiles (J.O.R.F. du 14 avril, p.2518) ; CE, 8 août 1919, *Labonne,* Rec. 737 ; *D.* 1921.3.23 ; *S.* 1924.3.46.

[113] Décret du 15 février 1918 relatif à la réquisition de la flotte marchande (J.O.R.F. du 16 février, p.1638) ; Loi du 10 février 1918 établissant des sanctions aux décrets et arrêtés rendus pour le ravitaillement national. (J.O.R.F. du 12 février, p.1515) ; CE, 3 août 1918, *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient,* Rec. p.814

[114] Décret du 14 août 1914 modifiant les dispositions réglementaires en vigueur en ce qui concerne l'admission à la retraite et le passage anticipé dans la section de réserve des officiers généraux et fonctionnaires de grades correspondants (J.O.R.F. du 16 août, p.7454) CE, 30 juillet 1915, *Général Verrier,* Rec. p.257 ; *RDP* 1915.479, concl. Corneille, note Jèze ; CE, 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. p.651 ; *S.* 1922.III.29, note Hauriou ; *cf., infra,* les nombreux exemples cités aux numéros 136 s.

initiaux et inconditionnés. (*cf. infra,* n°136 s., 562 s., 567 s.) Rien ne les distingue, sur le fond et dans leur portée, des décisions édictées par le Président de la République, dans le champ de l'article 34, sur le fondement de l'article 16 de la Constitution de 1958.

27. Les considérations contentieuses (la subordination, ou non, du règlement à la loi) sont contingentes dans le temps et variables selon les règlements ; elles ne sont donc pas discriminantes dans la définition du pouvoir réglementaire. Elles ne concernent que *l'articulation* des fonctions de législation dans l'Etat, c'est-à-dire leur distribution (hiérarchisée ou coordonnée) entre l'Exécutif et le Parlement, dans un contexte donné. Le règlement n'est pas ontologiquement subordonné à la loi, de la même manière que la loi n'est pas ontologiquement subordonnée à la Constitution. L'analyse historique suppose de se départir des considérations contentieuses, en les considérant comme des variables dont il convient d'étudier l'évolution.

28. De ces développements, il résulte que la définition du pouvoir réglementaire comprend deux invariants (l'activité de législation, exercée par l'Exécutif) et trois variables (l'*instrumentum*, le champ et le régime). Ces variables figurent au cœur des controverses qui entourent classiquement la question du pouvoir réglementaire. Une étude sur l'émancipation du pouvoir réglementaire repose – là réside précisément l'intérêt de la recherche – sur l'analyse de l'évolution des variables. Les invariants permettent, quant à eux, d'identifier l'objet à étudier : réduit à sa plus simple expression, le pouvoir réglementaire est donc une *activité de législation gouvernementale,* c'est-à-dire de législation par l'Exécutif. Cette définition extensive permet d'intégrer à l'analyse toutes les manifestations du pouvoir réglementaire, non seulement les activités *secondaires* de législation gouvernementale (règlements complémentaires), mais également les activités *primaires* de législation gouvernementale, conditionnées ou limitées par la loi parlementaire (règlements autonomes, décrets-lois), ou non (règlements de nécessité, ordonnances de la France Libre, lois de Vichy, décisions présidentielles de l'article 16 de l'actuelle Constitution etc.)[115] Cette typologie

[115] On n'hésite donc pas à considérer comme des manifestations du pouvoir réglementaire : les ordonnances de la France Libre, les « lois » du Maréchal Pétain, les ordonnances édictées sur le fondement de l'article 92 de l'actuelle Constitution, ainsi que les décisions présidentielles édictées, dans le champ de l'article 34, sur le fondement de l'article 16. Ces actes ne se distinguent des autres règlements que par leur régime. Ils sont donc des *espèces* différentes, au sein d'un même *genre* (les actes réglementaires). Cette approche est partagée par la doctrine la plus autorisée, v. notamment LUCHAIRE, F., « Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français », *in :* CONAC, G., MAISL, H., VAUDIAUX, J., (dir.), *in : Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon,* Paris : Economica, 1982, 685 pages, p.445-463, spéc. p.451-453

graduelle – qu'on emprunte ici, et tout au long de ces travaux, à Benoît Montay[116] – permet d'appréhender le pouvoir réglementaire de façon extrêmement compréhensive, et d'en saisir la pleine problématique dans une perspective historique. C'est effectivement parce qu'il est une activité de *législation* aux mains de *l'Exécutif*, que le pouvoir réglementaire fait classiquement figure de « hantise » républicaine, et qu'il n'est admis – dans la République parlementaire – qu'à condition d'être subordonné à la loi parlementaire (*cf. infra* n°50 s.). Cette définition a le mérite de mettre en évidence ce pourquoi le pouvoir réglementaire est historiquement perçu comme « dangereux » : il rompt avec l'idéal de l'autonomie de la volonté.

2) Le caractère hétéronomique du pouvoir réglementaire

29. Définir le pouvoir réglementaire comme une activité de législation aux mains de l'Exécutif (c'est-à-dire d'un seul, ou de quelques-uns) permet de mettre en évidence son caractère fondamentalement *hétéronomique.* Là réside toute la problématique du pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme libéral, dont la République parlementaire, fille de la Révolution française, recevra l'héritage.

a) La loi, action de tous sur tous

30. Du XVIe au XVIIIe siècle, émerge l'idée que l'homme moderne *« est celui qui n'entend plus recevoir ses normes et ses lois de la nature des choses ni de Dieu, mais qui les fonde lui-même à partir de sa raison et de sa volonté. »*[117] Dans cette philosophie humaniste, l'autonomie de la volonté est au fondement de la liberté de l'homme. Cette conception est génératrice d'une tension[118] : comment concilier l'idéal de liberté (qui définit l'homme par sa capacité exclusive à s'imposer ses normes à soi-même) et l'existence de la communauté politique (qui suppose l'obéissance à des règles communes, nécessaires au gouvernement de la cité) ? Au milieu du XVIIIe siècle, tout l'enjeu du « pacte social » semble donc – selon les propres mots de Jean-Jacques Rousseau – de *« trouver une forme d'association (...) par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre*

[116] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.244 et s.

[117] RENAUT, A., « Liberté », *in :* RAYNAUD, P., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique,* Paris : Paris : Presses Universitaires de France, 2012, 892 pages, spéc. p.406

[118] Cette tension est mise en évidence, et analysée, par Benoît Montay (*Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.669 et s.), aux propos duquel on renvoie. Pour l'auteur, cet humanisme est à l'origine d'une *« crise d'autorité »*, c'est-à-dire une *« crise de l'obéissance civile »* (*ibid.*) : car le principe de l'autonomie de la volonté suppose de remettre en cause l'obéissance aux lois des Princes.

qu'auparavant. »[119] (on souligne) Dans le *Contrat social,* cette tension est résolue à la faveur de la loi et de la volonté générale[120]. La conservation de la liberté politique, et la réalisation de l'intérêt commun, suppose de subordonner étroitement toutes les volontés particulières (notamment la volonté particulière du Prince) à la volonté générale du Souverain, c'est-à-dire à la Loi.

31. Car la loi, chez Jean-Jacques Rousseau, incarne cette autonomie de la volonté, autant qu'elle assure la réalisation de l'intérêt commun. Elle est *« l'action du corps entier agissant sur lui-même, c'est-à-dire le rapport du tout au tout. »*[121] En ce sens, elle est la manifestation de la volonté générale, donc de la Souveraineté[122]. En lui obéissant, l'individu est donc supposé n'obéir qu'à lui-même. Dans cet idéal, la loi est nécessairement générale. Surtout, elle est doublement générale ; *« elle doit partir de tous pour s'appliquer à tous »*[123]. La Loi est non seulement générale dans son *objet* (ses destinataires), mais également générale dans son *origine* (ses auteurs). A la faveur de cette double généralité, est résolu le dilemme entre autonomie de la volonté et obéissance civile[124]. La loi est l'acte par lequel *« tout le peuple statue sur tout le peuple »*[125] ; elle est donc le *« registre de nos volontés »*[126] et là réside le fondement de l'obéissance qui lui est due. Jean-Jacques Rousseau en tire deux conséquences, qui ne seront pas sans incidence sur la problématique future du pouvoir réglementaire :

- dès lors que la loi est un acte de volonté générale, son *objet* est toujours général. Autrement dit, elle a toujours pour destinataires la généralité (ou l'universalité) des citoyens ; *«il n'y a point de volonté générale sur un objet particulier »*[127]. Il existe une identité parfaite entre la loi et la règle (générale et impersonnelle), donc entre l'acte général et l'acte de souveraineté ; *« ce qu'ordonne même le Souverain* [nda : c'est-à-dire le corps politique] *sur un objet particulier n'est pas non plus une loi mais un décret, ni un acte de souveraineté,*

---

[119] *Du Contrat Social,* Livre I, Chapitre VI, p.52

[120] v., MONTAY, B., *op. cit.,* p.676 et s.

[121] *Du Contrat Social,* Livre II, Chapitre XII, p.89

[122] *« Qu'est-ce donc proprement qu'un acte de souveraineté ? (...) [C'est] une convention du corps avec chacun de ses membres : Convention légitime, parce qu'elle a pour base le contrat social, équitable, parce qu'elle est commune à tous, utile parce qu'elle ne peut avoir d'autre objet que le bien général, et solide, parce qu'elle a pour garant la force publique et le pouvoir suprême. Tant que les sujets ne sont soumis qu'à de telles conventions, ils n'obéissent à personne, mais seulement à leur propre volonté (...) »* (*Du Contrat Social,* Livre II, Chapitre IV, p.68)

[123] *Du Contrat Social,* Livre II, Chapitre IV, p.67

[124] Ainsi que l'a récemment montré Benoît Montay (*op. cit.,* p.676 et s., et p.683 et s.)

[125] *Du Contrat Social,* Livre II, Chapitre VI, p.72

[126] *ibid.,* p.73

[127] *ibid.,* p.72, et p.73

mais de magistrature »[128]. La règle est l'apanage du Souverain, dont les actes ne peuvent être que des lois, c'est-à-dire des règles ;

- dès lors que la loi est un acte de volonté générale, son *origine* est toujours générale. Autrement dit, elle a toujours pour auteur la généralité (ou l'universalité) des citoyens. Applicable à tous, elle doit partir de tous ; *« la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui »*[129]. De la même façon qu'il n'existe pas de volonté générale sur un objet particulier, il n'existe pas de volonté particulière sur un objet général : *« ce qu'un homme, quel qu'il puisse être, ordonne de son chef, n'est point une loi »*[130]. Une volonté particulière n'opère que par des actes particuliers. Seule la volonté générale agit par actes généraux. Il en résulte, chez Jean-Jacques Rousseau, que le Prince – cet homme ou ce corps chargé du Gouvernement, c'est-à-dire de l'exécution des lois[131] – dont la volonté n'est jamais que particulière par rapport à l'Etat, n'opérera jamais que par actes particuliers[132]. En un mot, les actes généraux sont l'apanage du souverain, c'est-à-dire du corps politique tout entier, agissant sur lui-même.

b) Le règlement, action d'un seul sur tous

32. Le pouvoir réglementaire rompt ce double rapport de généralité. Là résident les données du problème, que ne manqueront pas de percevoir les révolutionnaires en 1789 et les républicains radicaux de la fin du XIXe siècle. Contrairement à la loi – *« qui doit partir de tous pour s'appliquer à tous »*[133] (J.-J. Rousseau), le pouvoir réglementaire *part d'un seul pour s'appliquer à tous*. Son objet demeure général, mais son origine est particulière. Autrement dit, il est un acte à destination de tous, mais en provenance d'un seul. Il n'est pas une action du corps entier agissant sur lui-même, mais l'action du Prince agissant sur le corps entier. Il n'est donc pas un rapport du tout au tout, mais un rapport de l'un au tout. Dans le *Contrat social,* cette configuration est inadmissible. Elle équivaudrait à la formation de *« deux Souverains »*[134], donc à la dissolution de l'Etat. Un Prince agissant par actes généraux, agirait

[128] *ibid.,* p.73
[129] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre I, p.92
[130] *ibid.,* Livre II, Chapitre VI, p.73
[131] *ibid.,* Livre III, Chapitre I, p.92, et Chapitre II, p.97
[132] *ibid.,* Livre III, Chapitre I, p.92, et Chapitre XVI, p.132
[133] *Du Contrat Social,* Livre II, Chapitre IV, p.67 (*cf. supra*, n°30 s.)
[134] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre I, p.95

en souverain[135] ; il usurperait la souveraineté et se transformerait en *« despote »*[136]. L'autonomie de la volonté serait rompue, l'homme perdrait sa liberté.

33. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le Prince représentât la volonté générale. Or, la volonté générale ne se représente pas[137]. A supposer même que le Prince puisse vouloir pour la Nation[138], demeurerait menaçante une inclination vers le despotisme. Car – comme le relève Jean-Jacques Rousseau – *« la volonté particulière agit sans cesse contre la volonté générale, ainsi le Gouvernement fait un effort continuel contre la Souveraineté. »*[139] Il existe une *« pente naturelle »*[140] de l'Exécutif à dégénérer, c'est-à-dire à usurper la souveraineté. En effet, des trois types de volontés que distingue Rousseau – la volonté particulière (celle d'un individu), la volonté de corps (celle d'un groupe), et la volonté générale (celle du peuple) – la volonté particulière est nécessairement la plus active, car elle est la plus concentrée[141]. Autrement dit, elle *« domine plus aisément les autres »*[142]. Ainsi, ne peut-on jamais définitivement s'assurer que la volonté particulière du Prince obéisse toujours à la volonté générale. Se prémunir de cet écueil suppose, à tout le moins, de subordonner étroitement le Gouvernement au Souverain, en ôtant au Prince toutes les facultés d'agir de manière indépendante[143]. Bref, d'en faire un *« Exécutif-commis »*[144].

---

[135] Telle est d'ailleurs la définition que Jean Bodin donnait de la souveraineté monarchique : *« la puissance de donner loy à tous en general, et à chacun en particulier (...) sans le consentement de plus grand, ni de pareil, ni de moindre que soy. »* (on souligne) (*Les Six Livres de la République,* I, 10, p.309) v., MORABITO, M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.,* p.28 et s.

[136] *« J'appelle* Tyran *l'usurpateur de l'autorité royale, et* Despote *l'usurpateur du pouvoir Souverain. Le Tyran est celui qui s'ingère contre les lois et à gouverner selon les lois ; le Despote est celui qui se met au-dessus des lois mêmes. »* (*Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre X, p.123)

[137] *« La volonté [générale] ne se représente pas ; elle est la même, ou elle est autre. »* (*Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre XV, p.130, et p.132)

[138] La fiction de la « souveraineté nationale » permet aux révolutionnaires, et plus tard aux républicains, de résoudre l'antinomie entre « volonté générale » et « représentation ». *« L'hétéronomie parlementaire,* écrit Capitant, *peut se déguiser en autonomie nationale, grâce à la fiction représentative qui identifie le Parlement à la nation. »* (on souligne) (CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, op. cit.,* 1956-1957)

[139] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre X, p.120. Il ajoute : *« Plus cet effort augmente, plus la constitution s'altère, (...) il doit arriver tôt ou tard que le Prince opprime enfin le Souverain et rompe le traité social ».*

[140] *ibid.,* et Livre III, Chapitre XI, p.123 ; Sur cette question, v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.574 et s.

[141] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre II, p.98

[142] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre VI, p.107

[143] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre I, p.95. Pour Jean-Jacques Rousseau, la solution réside en la constitution d'une assemblée du peuple, fixe et périodique, de laquelle le Prince recevra ses ordres. (*ibid.,* Livre III, Chapitres XII, XIII et XIV, p.125-126-127 et s.)

[144] MONTAY, B., *op. cit.,* p.681 et s.

34. Cette philosophie rousseauiste est à l'origine d'un *« puissant légicentrisme »*[145] dont les révolutionnaires de 1789, et plus tard la République parlementaire, recevront l'héritage. L'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la liberté de l'homme, devait conduire à l'exaltation de la loi, expression de la volonté générale. A l'inverse, la menace hétéronomique d'un Prince agissant sur tous devait durablement marquer l'histoire du pouvoir réglementaire. En sacralisant la loi, la Révolution française – mythe fondateur de la République parlementaire – portait en germe la diabolisation de l'Exécutif, et du pouvoir réglementaire.

B- LES DONNEES DU PROBLEME : LE POUVOIR REGLEMENTAIRE ET LA REPUBLIQUE PARLEMENTAIRE

35. La définition du pouvoir réglementaire permet de situer le problème qu'il pose dans la République parlementaire. Bâtie dans la mythification des principes de 1789, l'idée républicaine exalte la loi, et le Parlement qui l'élabore. Perçu comme l'instrument du pouvoir personnel – celui des rois et des empereurs – le pouvoir réglementaire fait au contraire figure de *« hantise »*[146] républicaine (selon une expression empruntée à Claude Nicolet, que l'on emploiera tout au long de ces travaux). Il n'est admis dans le constitutionnalisme républicain qu'à condition d'être étroitement subordonné à la loi parlementaire (1). Les crises du XXe siècle, et l'expansion corollaire des activités prises en charge par l'Etat, obligent la République parlementaire à se convertir au « pouvoir d'action ». L'étude de cette conversion – souvent conflictuelle – est celle de « l'émancipation du pouvoir réglementaire » (2).

1) Le pouvoir réglementaire, « hantise » républicaine

36. L'accommodation de la République parlementaire au pouvoir réglementaire n'avait rien d'évident[147]. A la fin du XIXe siècle, admettre l'existence d'une fonction de législation aux mains du chef de l'Etat (c'est-à-dire l'exercice d'un pouvoir réglementaire) heurtait l'idée républicaine au plus profond d'elle-même. La « culture républicaine »[148] – ce système de

---

[145] RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* Paris : Hachette, 1988, 771 pages, spéc. p.372

[146] NICOLET, C., *L'idée républicaine en France : 1789-1924 : essai d'histoire critique,* Paris : Gallimard, 1982, 512 pages, spéc. p.267 et s.

[147] Pour Benoît Plessix, elle relève même du *« miracle ».* (*Droit administratif général, op. cit.,* 1ère éd., p.711)

[148] Les historiens des facultés des lettres, et des facultés de droit, consacrent de nombreux travaux à cette question, auxquels on renvoie largement. v. notamment, NICOLET, C., *L'idée républicaine en France : 1789-1924, op. cit.,* ; BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain,* PUF, 1992, 431 pages ; HAZAREESINGH, S., « L'imaginaire républicain en France de la Révolution française à Charles de Gaulle », *Revue historique,* 2011, n°659, p.637-654 ; SAINT-VICTOR, J. (de) ; BRANTHOME, T., *Histoire de la République en France : des origines à la Ve République,* Paris : Economica, 2018, 1110 pages

valeurs, plus ou moins partagé, qui structure, plus ou moins consciemment, l'imaginaire républicain depuis la Révolution française, jusqu'à aujourd'hui – se bâtit au XIXe siècle dans la détestation du pouvoir personnel, qu'incarnent les rois et les empereurs (b). A la fin du siècle, la mythification des principes de 1789 – particulièrement celui de la « loi, expression de la volonté générale » – permet d'asseoir la primauté du Parlement dans les nouvelles institutions (a). Le pouvoir réglementaire fait figure de véritable rescapé, admis à condition d'être administratif – c'est-à-dire étroitement subordonné à la loi parlementaire.

a) Fonder la République parlementaire par la loi

37. *« Voici ce que voulait la France en 1789. Voici ce que veut la France d'aujourd'hui. »*[149] Ces mots d'Hippolyte Carnot – que précède le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen – synthétisent, en 1881, le programme républicain. Après plusieurs décennies de combat du pouvoir personnel, l'heure est à l'avènement de la suprématie parlementaire. L'enracinement de la République parlementaire est placé sous les auspices des principes de 1789, exaltés à l'occasion du centenaire de la Révolution française. Renouer avec la mystique de la loi permet aux républicains radicaux de la fin du XIXe siècle d'asseoir la prépondérance du Parlement dans les institutions. Mythe fondateur de la République parlementaire (ii), la Révolution française entretient l'idéal de la négation du pouvoir réglementaire (i).

i) La mystique de la loi en 1789

38. La mystique de la loi en 1789 n'est plus à démontrer[150]. Fils des Lumières, les révolutionnaires français de 1789 sont imprégnés d'un profond légicentrisme, dont témoigne immédiatement la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On en connaît les raisons. La loi est perçue comme l'incarnation de la raison humaine, permettant de réconcilier l'autonomie de la volonté et l'obéissance civile par le prisme de la volonté générale (*cf. supra*, n°30 s.), donc de réconcilier l'individu et l'Etat[151]. Le légicentrisme révolutionnaire est ainsi –

[149] CARNOT, H., « Unité de la Révolution française », *La Révolution française : revue historique,* 1881, n°1, p.1-6, spéc. p.5

[150] v., BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* n°1-2, 1939, p.7-55 ; RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.,* p.369 et s. ; BARANGER, D., *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes,* Paris : Gallimard, 2018, 339 pages, spéc. p.84 et s., et p.184 et s. ; SAINT-BONNET, F., « Loi », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.959-964 ; GOYARD-FABRE, S., « Loi », *in :* RAYNAUD, P., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.,* p.417-421

[151] RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.,* p.371

selon les mots de Stéphane Rials – *« à claire dominante d'optimisme rationaliste »*[152]. La loi est l'instrument nécessaire de l'accomplissement, et de la garantie, des droits naturels et imprescriptibles de l'homme[153]. Elle n'est pas l'outil d'une politique publique, d'un corps ou d'un parti. Découverte par la raison humaine, elle est recognitive d'un ordre naturel préexistant à la volonté du législateur. En transposant ces principes en droit positif, ce dernier *« exerce moins une autorité qu'un sacerdoce »*[154] (Portalis). Cette confiance mystique en la loi – à l'origine d'un véritable « amour des lois »[155] – a pour conséquence d'élever au pinacle l'organe chargé de la fonction législative, c'est-à-dire le Corps législatif.

39. Au contraire, représente une menace hétéronomique – c'est-à-dire liberticide – l'exercice de la fonction de législation par tout autre organe que le Corps législatif. Ces considérations conduisent, très tôt, les constituants à opérer deux choix constitutionnels qui marqueront durablement les conceptions françaises de la séparation des pouvoirs : d'une part, ils prohibent les arrêts de règlement, en refusant aux tribunaux le pouvoir de compléter, de modifier et même d'interpréter les lois[156] (loi des 16 et 24 août 1790) ; d'autre part, ils dénient au roi l'exercice du pouvoir réglementaire[157]. En dépit des incertitudes sémantiques qui entourent le concept à la fin du XVIIIe siècle, les révolutionnaires ne se trompent pas sur la véritable nature du règlement. Ils y voient un acte législatif, dont ils perçoivent – avec crainte – la dimension hétéronomique, rompant avec l'idéal de la loi, expression de la volonté générale (« qui doit partir de tous pour s'appliquer à tous » (J.-J. Rousseau), récemment consacré par l'article 6 de la Déclaration des droits[158].

40. Ces considérations amènent les révolutionnaires à refuser au roi le pouvoir d'édicter des actes généraux, qui eussent été comparables – on l'a montré – à des actes de souveraineté.

---

[152] *ibid.* ; et v. BARANGER, D., *op. cit.,* p.148-149

[153] BARANGER, D., *op. cit.,* p.99

[154] PORTALIS, J.-E.-M., « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil,* 1844, p.12 ; v. SAINT-BONNET, F., « Loi », *art. cit.,* p.963

[155] « L'amour des lois », dossier spécial, *Juspoliticum,* n°10, mars 2014, [En ligne]

[156] Loi des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire : Titre 2, article 10 : *« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. »* ; article 12 : *« Ils ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps-législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle. »* (DUVERGIER, J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat,* t.1, 2e éd. 1834, Paris : A. Guyot et Scribe, p.310 et s.) Sur les arrêts de règlements, v. PAYEN, P., *Les arrêts de règlement du parlement de Paris au XVIIIe siècle : dimension et doctrine,* Paris : PUF, 1997, 526 pages. Sur la loi des 16 et 24 août 1790, v. BIGOT, G., *op. cit.,* t.1, 2e éd., p.58 et s.

[157] v., VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799, op. cit.,* p.29 et s. 45 ; et GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791,* Paris : PUF, 2010, (Léviathan), 503 pages, spéc. p.331 et s., et p.344 et s.)

[158] Sur l'écriture de l'article 6, et le *« basculement légicentriste de la Déclaration »,* v. RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, op. cit.,* p.223-233, et p.370

L'intention des constituants, sans être parfaitement unanime, s'avère néanmoins très claire[159] : dès le 29 septembre 1789, le projet de constitution contient la formule qui, après quelques détours, deviendra définitive et figurera à l'article 6, section Ire, chapitre IV, titre III de la Constitution de 1791 : *« Le pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution ».* Le Gouvernement (c'est-à-dire le « pouvoir exécutif » de Rousseau) n'est pas inutile, tant s'en faut. Il est cette force physique, sans laquelle la volonté générale demeurerait lettre morte[160]. Seulement, il n'opère – conformément à sa volonté particulière – que par des actes particuliers[161]. Dans l'idéal rousseauiste, « exécution des lois » et « pouvoir réglementaire » sont deux termes qui s'excluent. Ainsi l'entendent les constituants en 1789-1791, lorsqu'ils refusent le pouvoir réglementaire au roi. La mise à exécution réglementaire des lois (c'est-à-dire la production d'une législation secondaire) demeure l'apanage du Corps législatif[162]. Quant aux « proclamations » royales, elles sont en principe dépourvues de portée générale et impersonnelle, ordonnant ou rappelant *ut singuli* l'exécution des lois sans jamais pouvoir y ajouter quelque innovation[163].

41. Cette négation du pouvoir réglementaire, dans l'idéal révolutionnaire de 1789-1791, ne résiste pas longtemps à l'empire des nécessités. Michel Verpeaux et Guillaume Glénard ont montré que – dès 1790 – le roi exerce *de facto,* sinon *de jure,* un proto pouvoir réglementaire, spontanément ou sur délégation du Corps législatif[164]. A la faveur de ces pratiques, le pouvoir réglementaire prend véritablement naissance sous la Première

---

[159] v., VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.41 et s. ; GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791, op. cit.,* p.344 et s.

[160] *Du Contrat Social,* Livre II, Chapitre IV, p.91 et s. La formule de Jean-Jacques Rousseau est connue : *« Toute action libre a deux causes qui concourent à la produire, l'une morale, savoir la volonté qui détermine l'acte, l'autre physique, savoir la puissance qui l'exécute. Que je veuille marcher vers un objet, il faut premièrement que j'y veuille aller ; en second lieu, que mes pieds m'y portent. Qu'un paralytique veuille courir, qu'un homme agile ne le veuille pas, tous deux resteront en place. Le corps politique a les mêmes mobiles ; on y distingue de même la force et la volonté ; Celle-ci sous le nom de* puissance législative*, l'autre sous le nom de* puissance exécutive. *Rien ne s'y fait ou ne s'y doit faire sans leur concours. »* (p.91)

[161] Là encore, la formule de Rousseau est connue : *« Le pouvoir législatif, qui est le souverain, a donc besoin d'un autre pouvoir qui exécute, c'est-à-dire qui réduise la loi en actes particuliers. »* (on souligne) *(Lettres écrites de la Montagne,* Partie I, Lettre VI, p.64)

[162] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.95 et s., spéc. p.97-101 ; GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791, op. cit.,* p.337 et s.

[163] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.78 et s.

[164] Dès 1790 le Corps législatif délègue au roi, avec ou sans condition, des fonctions secondaires de législation et, sur la période 1789-1792, le roi lui-même édicte, de son propre chef et en marge du texte constitutionnel, des proclamations et instructions véritablement réglementaires. (v. VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* partie 1, chapitre 2, p.90-144 ; GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791, op. cit.,* p.354 et s.)

République[165]. Cette réalité, les républicains radicaux de la fin du XIXe siècle ne la voient pas[166] ; ou plutôt, ils ne veulent pas la voir. Fonder la République parlementaire par la loi supposait de présenter le pouvoir réglementaire comme un héritage impérial, c'est-à-dire d'en dater la naissance en l'an VIII. Aux yeux des républicains de 1889, il était inadmissible que la République fût à l'origine de cet instrument du pouvoir personnel, que représentait le pouvoir réglementaire tout au long du XIXe siècle. Au contraire, leur fallait-il idéaliser les « principes de 1789 » et la conception rousseauiste de la loi, expression de la volonté générale, indispensables à l'enracinement du légicentrisme républicain.

ii) La mythification des principes de 1789

42. A la fin du XIXe siècle, la République parlementaire s'enracine dans la mythification des principes de 1789[167]. Opposants aux Bonaparte, aux Bourbons et à Louis-Philippe, les républicains se construisent, depuis l'an VIII, dans la détestation du pouvoir personnel[168]. A partir de 1870, les conditions sont réunies pour installer la République parlementaire. L'enjeu est d'asseoir durablement la suprématie du Parlement dans les institutions[169]. Dans cette entreprise, le légicentrisme révolutionnaire de 1789 est idéalisé. On cherche à renouer avec la conception rousseauiste de la loi, expression de la volonté générale. Le ton est donné par Jules Barni, dès 1872, dans son *Manuel républicain* :

> « La République, c'est le peuple se gouvernant lui-même, au lieu de se laisser gouverner par un maître (…). »[170] Il en résulte que « le pouvoir législatif est

---

[165] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* conclusion, p.407-418, spéc. p.412

[166] *ibid.,* p.26, et la bibliographie citée, notamment l'ouvrage d'Adhémar Esmein (édition de 1896). Michel Verpeaux se demande si ces hommes *« [n'auraient pas] été aveuglés par le discours révolutionnaire et par les affirmations des Constituants ».* (*ibid.*). En vérité, on pense qu'il s'agit d'un refoulement républicain, dans un contexte marqué par l'idéalisation de la conception rousseauiste de la loi. Seule la monographie de Félix Moreau, en 1902, analyse à sa juste valeur la pratique du pouvoir réglementaire au cours de la décennie révolutionnaire. Mais, sous sa plume, il s'agit déjà d'une entreprise de réhabilitation de l'Exécutif.

[167] v., NICOLET, S., *L'idée républicaine en France, op. cit.,* p.85 et s., et p.274. S'agissant des mythes, v. CARTIER, E., « Du rôle ou de la fonction des mythes en droit constitutionnel », *in :* CARTIER, E., VERPEAUX., M., (dir.), *La Constitution du 27 octobre 1946. Nouveaux regards sur les mythes d'une constitution « mal aimée »,* Paris : Mare & Martin, 2018, 186 pages, p.13-26, spéc. p.16). L'auteur écrit : *« le mythe ne crée par (formellement) du droit, il en constitue l'armature idéologique, une des sources matérielles ».* (*ibid.,* p.22). Bref, il est une représentation axiologique – un facteur extra-juridique – qui agit, tant sur les acteurs qui formulent le droit, que sur ceux qui l'interprètent sans le modifier.

[168] NICOLET, S., *L'idée républicaine en France, op. cit.,* p.83 et s., et p.267 et s. ; ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France XIVe-XXI siècles,* Paris : Gallimard, 2015, 827 pages, spéc. p.25 et s., p.41, et p.42 et s.

[169] v., SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914),* Paris : Presses de Sciences Po, 2011, 578 pages, spéc. p.295 et s.

[170] BARNI, J., *Manuel républicain,* Paris : Librairie G. Baillières, 1872, 120 pages, spéc. p.11. On lit également : *« Le gouvernement républicain est (...) celui de la chose publique, administrée par tous, dans l'intérêt de tous. »* (p.8)

> le premier de tous les pouvoirs. »[171] Ainsi « sur ce point, comme sur presque tous les autres, la France n'a qu'à reprendre les traditions de la Révolution, et à refaire ce qu'a défait le génie malfaisant de Bonaparte. »[172]

43. Le centenaire de la Révolution française est employé à bâtir une véritable *« mythologie révolutionnaire »*[173], appuyée sur une nouvelle historiographie de la décennie ouverte en 1789. Alphonse Aulard en est l'un des principaux artisans, depuis sa chaire d'histoire de la Révolution française, créée pour l'occasion, à Paris en 1885. Cette historiographie prône l'unité de la Révolution française autour de la Déclaration des droits de 1789. Cette synecdoque particularisante – qualifier le tout par la partie – permet de faire abstraction de toutes les radicalités de la décennie révolutionnaire[174], en sorte d'affirmer l'unité de la République parlementaire autour des principes de 1789, sans renouer avec l'héritage controversé de la République jacobine. La Constitution de 1791 fait figure – selon les propres mots de Raymond de Carré de Malberg – de *« Constitution originaire »*[175] de la IIIe République.

44. Les professeurs de droit public ne sont pas absents, tant s'en faut, de cette entreprise d'enracinement de la République parlementaire autour des principes de 1789. Leur science est mise au service de l'établissement d'une doctrine constitutionnelle (qu'on qualifiera *d'orthodoxe*), tout entière tournée vers l'affirmation de la primauté du Parlement dans les institutions[176]. Adhémar Esmein, Ferdinand Larnaude et Henry Berthélemy – tous trois professeurs à la faculté de droit de Paris – sont les hérauts de cette façon de procéder. Ils idéalisent le légicentrisme révolutionnaire, pétri des conceptions rousseauistes de la volonté générale. A leurs yeux, et selon l'idéologie désormais dominante, *« SEULE LA LOI REGNE »*[177]. Cet héritage est réceptionné, plusieurs décennies plus tard, par Raymond Carré de Malberg qui assimile – non sans critiques – la République parlementaire de 1875 au système de

---

[171] *ibid.,* p.33

[172] *ibid.,* p.74

[173] NICOLET, S., *L'idée républicaine en France, op. cit.,* p.274

[174] v., ORY, P., « Le centenaire de la Révolution française. La preuve par 89. », *in* NORA, P., (dir.), *Les lieux de mémoires : I. la République,* Paris : Gallimard, 1984, 674 pages, spéc. 523-560.

[175] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 pages, spéc. p.18. Les mots sont révélateurs sous la plume de ce héraut du positivisme juridique.

[176] On renvoie aux stimulants travaux de Guillaume Sacriste (*La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914), op. cit.,* spéc. p.295 et s.

[177] BERTHELEMY, H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP,* 1904, p.209-227, spéc. p.226. (en majuscules dans le texte) Les propos d'Henry Berthélemy sont particulièrement éclairants : *« Le législateur seul veut, et peut vouloir librement et commander arbitrairement. (...) Nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire et despotisme. »* (*ibid.,* p.227).

« l'Etat légal »[178]. En 1931, dans *La loi, expression de la volonté générale,* le maître de Strasbourg opère à son tour une relecture – assumée – des lois constitutionnelles de 1875 à la lumière des principes de 1789-1791 :

> « Les sources de la notion constitutionnelle de loi se trouvent dans les principes qui, dès le début de la Révolution, ont été posés par les fondateurs du nouveau droit public français touchant la loi et le pouvoir législatif. Pour saisir cette notion dans sa consistance actuelle, il faut donc, au préalable, remonter à ses origines révolutionnaires et, en particulier, aux textes fondamentaux que consacre au pouvoir législatif la Constitution primitive de 1791. »[179]

Renouer avec la conception révolutionnaire de la loi conduisait irrémédiablement à renouer avec une certaine représentation de la séparation des pouvoirs, celle de la « spécialisation fonctionnelle » des organes[180]. L'exaltation de la loi aboutissait inévitablement à entretenir la fiction de la spécialisation fonctionnelle, car il eût été inadmissible de concevoir que l'Exécutif s'immisçât trop avant dans l'exercice de la fonction législative, voire y participât. Henry Berthélemy synthétise cette façon de raisonner : *« nécessité pour écarter le péril de l'absolutisme de confier à deux organes distincts la mission de légiférer et celle de procurer l'exécution des lois, voilà un point acquis »*[181]. Une telle idéalisation de la spécialisation fonctionnelle – couplée au culte de la loi – aboutissait nécessairement à la hiérarchisation des organes[182], particulièrement à l'étroite subordination de l'Exécutif au Parlement. Carré de Malberg ne s'y trompe pas, et met en évidence le caractère foncièrement inégal des deux pouvoirs dans le système constitutionnel de 1875[183] ; alors que le Parlement, *« finit par ne faire qu'un avec le souverain »*[184], le Président de la République, lui, n'est qu'un *« simple (…)*

---

[178] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488, et p.490 et s. C'est-à-dire un système dans lequel *« tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution ».* (*ibid.*)

[179] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1931, 228 pages, spéc. p.16. Sur la pensée constitutionnelle de Carré de Malberg, et sa méthode scientifique, v. MAULIN, E., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* coll. « Léviathan », Paris : PUF, 2003, 344 pages ; MAULIN, E., « Carré de Malberg », *in :* ARABEYRE, P., HALPERIN, J.-L., KRYNEN, J., (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle,* Paris : Presses universitaires de France-Quadrige, 2011, 827 pages, spéc. p.164-166 ; MAULIN, E., « Carré de Malberg », *in :* CAYLA, O., HALPERIN, J.-L., *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 2008, 620 pages, spéc. p.82-91

[180] TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française,* Paris : LGDJ, 1973, 251 pages, spéc. p.142 et s.

[181] BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., Paris : A. Rousseau, 1900-1901, 933 pages, spéc. p.13

[182] TROPER, M., « Séparation des pouvoirs », *in :* RAYNAUD, P., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique, op. cit.,* p.709

[183] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.2, p.49 et s.

[184] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.26

fonctionnaire national. »[185] De là découle l'idée – structurante dans la culture républicaine – qu'il existerait, non une simple différence de degré, mais une véritable différence de nature (un *« abîme juridique »*[186]) entre la loi et le règlement.

45. La République parlementaire s'enracine donc, à la fin du XIXe siècle, dans l'exaltation de la loi parlementaire, idéalisée par référence aux « principes de 1789 ». Plus encore, c'est une véritable *« société de l'éloquence »* [187] (selon les mots de Nicolas Roussellier) qui définit la vie politique des premières décennies de la IIIe République. La délibération parlementaire, loin d'apparaître comme une lourdeur, fait figure de meilleure garantie contre l'arbitraire ; elle est l'incarnation de la démocratie. C'est dans *« l'éloge de la lenteur »* [188] que se bâtit la République parlementaire. Gouverner, remarque Nicolas Roussellier, consiste essentiellement *« à organiser la meilleure délibération possible en vue de la confection des meilleures lois possibles. »* [189] L'enjeu n'est pas l'action, mais la délibération. On comprend qu'il n'existe, à l'époque, aucun phénomène majoritaire ; aucun encadrement du temps parlementaire ; aucune entrave à la liberté d'expression parlementaire. La discussion est perçue comme une source de démocratie. Ce modèle est décliné à tous les niveaux de la vie en société ; il structure, non seulement l'organisation communale et départementale (autour des conseils municipaux et généraux), mais également les associations (au sein des assemblées générales, depuis la loi du 1er juillet 1901). Cette exaltation de la délibération – véritable « éthique de la discussion » – qu'accompagne une mythification du légicentrisme de 1789 laisse une marge bien étroite à l'épanouissement du pouvoir réglementaire. D'autant que – tout au long du XIXe siècle – le règlement est l'instrument du pouvoir personnel, le symbole de *« l'échec »*[190] de la République.

b) Repousser le pouvoir personnel

46. Si le pouvoir réglementaire fait traditionnellement figure de *« hantise »* républicaine, c'est qu'il représente – tout au long du XIXe siècle – l'instrument du pouvoir personnel, et symbolise l'échec des principes de 1789. Perçu comme une menace (i), le pouvoir

---

[185] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.2, p.409

[186] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.21

[187] ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *in :* SADOUN, M., *La Démocratie en France, 1. Idéologies,* Paris : Gallimard, 2000, 469 pages, p.247-331, spéc. p.264 ; v. encore, ROUSSELLIER, N., *Le Parlement de l'éloquence : la souveraineté de la délibération au lendemain de la Grande guerre,* Paris : Presses de sciences po, 1997, 298 pages, spéc. p.9-20

[188] *ibid.,* p.263

[189] *ibid.,* p.257

[190] NICOLET, C., *L'idée républicaine en France, op. cit.,* p.269

réglementaire n'est admis dans la République parlementaire qu'à condition d'être étroitement subordonné à la loi parlementaire. Entre 1870 et 1914, la doctrine et le Conseil d'Etat s'emploient à cette mise en tutelle du règlement (ii).

i) Le pouvoir réglementaire comme menace

47. Au XIXe siècle, les républicains sont les témoins – et les victimes – de cette *« pente naturelle »*[191] du Gouvernement à usurper la souveraineté, que pressentait Jean-Jacques Rousseau un siècle auparavant dans le *Contrat social.* A partir de l'an VIII, le pouvoir réglementaire redevient effectivement l'instrument du pouvoir personnel. Il synthétise à lui-seul les trois profondes « hantises » (*« le coup d'Etat »*, *« la restauration »* et le *« césarisme »*[192]) dans la détestation desquelles s'unissent les républicains, et se forge l'idée républicaine, au XIXe siècle. Sous le Consulat et l'Empire, c'est moins des textes constitutionnels, que de la pratique politique que procède l'antilibéralisme du pouvoir réglementaire. *De facto,* Napoléon concentre en ses mains les fonctions de législation. L'usage du pouvoir réglementaire – exercé en Conseil d'Etat, voire avec le concours du Sénat conservateur (sous la forme de *sénatus-consultes*), lui permet de contourner l'opposition du Corps législatif[193]. Entre 1800 et 1814, l'essentiel de la législation applicable émane de l'Exécutif[194] ; en dépit des lois formelles, et sans autorisation législative, Napoléon prend l'habitude de s'immiscer, par voie règlementaire (sous formes d'arrêtés consulaires, de décrets impériaux et de *sénatus-consultes*) dans tous les pans de la politique nationale[195], y compris en matières constitutionnelle, civile et pénale (*cf. infra,* 887 s., 890 s.). Les règlements *praeter legem* (édictés sans autorisation législative, sur des objets nouveaux), et *contra legem* (édictés en violation des lois formelles en vigueur) sont nombreux. Si bien que s'estompe progressivement toute différenciation formelle dans l'exercice des fonctions de législation. Dans les mains de Napoléon, le pouvoir réglementaire est l'instrument du césarisme et du pouvoir personnel.

---

[191] *Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre X, p.120, et Chapitre XI p.123. Les propos de Jules Barni rappellent – ici encore – ceux de Rousseau. A propos de l'institution du Président de la République, il écrit : *« le défaut de ce système est de donner à un citoyen une trop large part de pouvoir dans l'Etat, et de placer la République sur la pente du gouvernement personnel. »* (BARNI, J., *Manuel républicain, op. cit.,* p.49)

[192] NICOLET, C., *op. cit.,* p.269-270

[193] v. MORABITO, M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.,* p.166

[194] v. BIGOT, G., *op. cit.,* t.1, 2e éd., p.166-167.

[195] DURAND, C., « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », *in :* DURAND, C., LANZA, A., *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle,* Aix-en-Provence : PUAM, 1976, 416 pages, spéc. p.5-249.

48. Avec la Charte du 4 juin 1814, le pouvoir réglementaire devient l'instrument de la restauration. C'est du texte constitutionnel lui-même que le roi tient désormais le pouvoir de mener une politique personnelle, par voie d'ordonnances. Aux termes de l'article 14 de la Charte, il appartient effectivement au roi de *« [faire] les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois* *et la sureté de l'Etat* *».* (on souligne). Dès cette époque, cette disposition suscite les pires craintes[196]. Personne n'est dupe de sa véritable portée ; elle permet au roi d'agir sans le concours des Chambres, le cas échéant contre les dispositions législatives formelles, pour prendre toutes les mesures exigées par le salut public[197]. Aux mains de Louis XVIII, l'article 14 est ainsi régulièrement employé à prononcer des peines, imposer des taxes, voire à modifier la Constitution[198]. Quant à Charles X, c'est sur le fondement de cette disposition qu'il porte, le 25 juillet 1830, une véritable atteinte à l'héritage libéral acquis depuis 1789 ; par quatre ordonnances, il suspend la liberté de la presse, dissout de nouveau la Chambre, modifie la Constitution en réformant les règles du régime représentatif, convoque les collèges électoraux[199]. Cet article 14 de la Charte de 1814 devient immédiatement et durablement une « hantise » républicaine. Dès le 27 juillet, les républicains prennent part aux insurrections parisiennes. Ils demeureront profondément marqués par l'expérience de 1830, et les ordonnances de Charles X feront désormais figure de repoussoir absolu de l'idée républicaine[200]. En 1958, l'article 14 de la Charte de 1814 est encore brandi à l'encontre du projet d'article 14 de la nouvelle Constitution, le futur article 16[201]. La Charte de 1830 abroge partiellement le dispositif de 1814. Cette révision n'empêche pas le roi Louis-

---

[196] v., par exemple, ISAMBERT, F.-A., *Du pouvoir réglementaire ou de la nature et de la force des ordonnances,* Corréard : Paris, 1821, 48 pages, spéc. p.39 et s.

[197] Ainsi, lit-on dans le « Rapport au Roi Charles X, justificatif des ordonnances du 25 juillet 1830 », établi par le Prince de Polignac : *« Nul gouvernement sur terre ne resterait debout, s'il n'avait le droit de pourvoir à sa sûreté* [nda : celle de la constitution de l'Etat]. *Ce pouvoir est préexistant aux lois, parce qu'il est de la nature des choses. »* (v. DUVERGIER, J.-B., *op. cit.,* t.30, p.136)

[198] v. ISAMBERT, F.-A., *Du pouvoir réglementaire…, op. cit.,* p.41 et s., et les exemples cités ; v., aussi, MORABITO, M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.,* p.166 ; ainsi que LAQUIEZE, A., *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848,* Paris : PUF, 2002, 436 pages, spéc. p.220 et s.

[199] Les ordonnances, et le rapport de Polignac, sont reproduits *in :* DUVERGIER, J.-B., *op. cit.,* t.30, p.127 et s. ; Sur l'épisode du 25 juillet 1830, v. MORABITO, M., *op. cit.,* p.210-212 ; AMSON, D., *Histoire constitutionnelle française, op. cit.,* t.3, p.240-251 ; LAQUIEZE, A., *op. cit.,* p.93

[200] En témoignent les débats parlementaires sous la IIIe République. Par exemple, à propos de la censure sous la Première guerre mondiale, v. les propos du député Louis Andrieux : *« Je me demande alors où le Gouvernement a pris le droit de faire fonctionner cette institution, qui avait disparu de notre législation depuis les ordonnances de Charles X, jusqu'aux dernières convulsions duquel il semble qu'on veuille nous faire rétrograder. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 88 – séance du 21 janvier 1916) Les exemples sont nombreux. En 1924, le spectre des ordonnances de 1830 est encore brandi contre le projet de décrets-lois de Raymond Poincaré (*cf. infra,* n°178 s.).

[201] Le parallèle est évidemment frappant, et ne manque pas d'être relevé par Paul Coste-Floret (Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.81), ou Maurice Duverger (DUVERGER, M., « La Seconde Restauration », *Le Monde,* 2, 3 septembre 1958, p.1, col.4)

Philippe d'émettre de nombreuses ordonnances étrangères à toute base législative[202], et d'en faire un instrument de pouvoir personnel. Avec la Constitution de 1852, le pouvoir réglementaire redevient un instrument du césarisme. L'Empereur n'hésite pas, comme jadis en l'an VIII, à s'immiscer par règlements, spontanément et dans le silence des lois, dans tous les secteurs de la politique nationale[203]. En somme, au XIXe siècle, le pouvoir réglementaire évoque, aux yeux des républicains, la figure des rois et des empereurs. Il est le symbole des « échecs » de la République[204].

49. Lorsqu'ils parviennent au pouvoir à la fin des années 1870, les républicains cherchent donc à affaiblir l'Exécutif. Rares – et marginaux – demeurent les hommes (tels Emile Ollivier, Edouard de Laboulaye ou Etienne Vacherot[205]) à penser la République habillée d'un Exécutif fort[206]. Au contraire, après plusieurs décennies de détestation du pouvoir personnel, le principal enjeu est de renouer avec les principes de 1789, et de fonder la nouvelle République autour de la suprématie du Parlement. Perçu comme dangereux, synonyme d'arbitraire, le pouvoir réglementaire n'est admis dans la République parlementaire qu'à condition d'être étroitement subordonné à la loi.

ii) La subordination du règlement à la loi parlementaire

50. En réaction à ce qu'ils perçoivent comme une menace séculaire, les républicains radicaux de la fin du XIXe siècle vont réaliser la « mise en tutelle »[207] du pouvoir réglementaire. Entre 1870 et 1914, la République parlementaire s'accommode de l'Administration napoléonienne, à condition d'en assurer l'étroite subordination à la loi. Cette entreprise – aux visées résolument politiques (il s'agit d'asseoir la suprématie du Parlement dans les institutions et de limiter le pouvoir de l'Administration) – est essentiellement une

[202] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.86

[203] *ibid.,* p.90

[204] En témoignent les mots de Louis Blanc : *« Le premier Empire, la Restauration, le règne de Louis-Philippe, le second Empire ont été de longs et douloureux entractes dans le drame de la liberté à conquérir. »* (Discours au Banquet du 22 septembre 1876, cité par ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.55)

[205] Sur cette filiation intellectuelle, v. LAQUIEZE, A., « Existe-t-il une tradition exécutive dans le XIXe siècle constitutionnel français ? », *Les compromis implicites de la Ve République,* Colloque organisé par la fondation Charles de Gaulle, en partenariat avec l'ENA, l'ENS et PSL, 20 et 21 septembre 2018, [Actes à paraître] ; v. encore, LAQUIEZE, A., « Quelle constitution pour la République conservatrice ? », *La décennie décisive : 1869-1879,* Colloque organisé par CHPP et le laboratoire POLEN-CEPOC, avec le soutien du Sénat, du Conseil d'Etat, du LabEx EHNE, du CEMMC et du CMH, 2-4 septembre 2019, Orléans-Paris [Actes à paraître]

[206] v. ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.55 et s.

[207] Il s'agit ici d'une métaphore utile à la thèse de « l'émancipation », défendue dans ces travaux. Jean-Marie Denquin l'emploie également (DENQUIN, J.-M., « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP,* 2014, n°6, p.1472)

œuvre de juristes ; elle est réalisée sous l'action conjointe de la doctrine publiciste[208], et du Conseil d'Etat[209]. De nombreuses études ont été consacrées à cette question, dont on ne rappellera que les traits essentiels à la problématique. A la différence de leurs aînés de 1789, les républicains de la fin du XIXe siècle ne remettent pas en cause l'existence même du pouvoir réglementaire[210]. Cette atteinte à la spécialisation fonctionnelle[211] est tolérée, sous réserve de subordonner le règlement à la loi ; autrement dit, de cantonner l'Exécutif à l'exercice de fonctions *secondaires* de législation (*cf. supra,* n°28, et *infra,* n°56). L'effectivité de cette subordination suppose d'assortir la loi parlementaire d'un gardien ; cette fonction échoit au Conseil d'Etat (α), dont le recours pour excès de pouvoir est l'instrument (γ). Parallèlement, la doctrine s'emploie à subsumer toutes les manifestations du pouvoir réglementaire sous la fonction d'exécution des lois (β).

51. α- *« La République s'est saisie du Conseil d'Etat pour réaliser ses idéaux »*[212]. La survivance du Conseil d'Etat dans la République parlementaire n'avait rien d'évident, tant l'institution rappelle – aux yeux des hommes du XIXe siècle – la figure de Bonaparte[213]. Mais les républicains comprennent vite l'intérêt qu'ils peuvent tirer de cette maison. Reconstitué par la loi du 24 mai 1872[214], le Conseil d'Etat fait l'objet d'une sévère épuration républicaine en 1879[215]. L'objectif est clair, il s'agit d'en faire l'instrument de l'enracinement – par le droit – de la République parlementaire, c'est-à-dire le gardien de la légalité. Tout l'enjeu est alors d'ériger le Conseil d'Etat en véritable juridiction. Edouard Laferrière en est l'un des

---

[208] v., REDOR, M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris : Economica, 1992, 389 pages ; SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914), op. cit.* ; GIRARD, A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral, op. cit.,* p.477 s.

[209] v., GONOD, P., *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République,* Paris : LGDJ, 1997, 446 pages ; STECK, O., *op. cit.,* p.301 et s.

[210] Les républicains comprennent vite le parti qu'ils peuvent tirer de l'appareil d'Etat napoléonien. (v. NICOLET, C., *op. cit.,* p.449 et s. ; BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* t.2, p.76 et s.)

[211] Léon Duguit ne s'y trompe pas : *« dans un pays qui pratique la séparation des pouvoirs, le pouvoir réglementaire ne peut pas exister en principe ; (...) le principe de la séparation des pouvoirs, dans son sens rigoureux implique que tout ce qui est législatif appartient à un organe déterminé, en fait l'assemblée législative. »* (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* t.2, 3e éd., p.215-216). Michel Fromont, dans la préface de la thèse de Michel Verpeaux, qualifie à son tour le pouvoir réglementaire *« d'enfant illégitime de la séparation des pouvoirs »* (FROMONT, M., « Préface », *in :* VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.V)

[212] GONOD, P., « Le Conseil d'Etat républicain », *La Revue administrative,* numéro spécial 8, 1999, p.33-42, spéc. p.36

[213] v., *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque,* 1799-1974, Editions du CNRS, 1974, 1012 pages

[214] v., BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* t.2, p.176-185

[215] v. WRIGHT, V., « L'épuration du Conseil d'Etat en juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine,* n°4, 1972, p.621-653. Dans ce contexte d'enracinement de la République, le choix des vice-présidents est d'importance stratégique. v., sur cette question, GONOD, P., *La présidence du Conseil d'Etat républicain*, Paris : Dalloz, 2005, 176 pages, spéc. p.16 et s.

principaux artisans. Comme l'a montré Pascale Gonod, ce juriste – résolument républicain[216] – s'attelle à redéfinir le droit administratif autour du contentieux administratif[217]. Sa théorie des recours (particulièrement du recours pour excès de pouvoir)[218] contribue à la construction d'une justice administrative, véritablement contentieuse (et non plus simplement hiérarchique). Laferrière cherche à faire du recours pour excès de pouvoir l'instrument principal du contrôle de la légalité de l'action administrative, au service des individus[219]. En plaidant pour l'abandon de la distinction entre les matières de « pure administration » et les « matières contentieuses », il milite en réalité pour la soumission au recours pour excès de pouvoir de tous les actes de l'Administration – y compris les actes discrétionnaires, auxquels appartiennent les actes règlementaires[220] – qui ne violent pourtant aucun droit subjectif. Ces solutions sont progressivement consacrées par le Conseil d'Etat, devenu un bras armé de l'enracinement juridique de la République parlementaire.

52. β- La subordination du pouvoir réglementaire à la loi parlementaire supposait encore que le règlement fût nettement distingué de la loi. A la fin du XIXe siècle, cette préoccupation est éminemment politique. *« Si on assimilait le règlement à la loi,* reconnaît Henry Berthélemy, *on ne permettrait pas plus au juge de contester la légalité du règlement qu'on ne l'autorise à contester la constitutionnalité de la loi. »*[221] Soumettre les règlements au recours pour excès de pouvoir imposait donc d'en démontrer le caractère « administratif » – au sens de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. Or, la question n'avait rien d'évident. Elle posait même d'immenses problèmes théoriques. En effet, sur le plan matériel, le pouvoir réglementaire s'apparente à une activité de législation, ce dont personne n'est dupe. Surtout, et là réside le principal problème, la doctrine et la jurisprudence du XIXe siècle avaient progressivement assimilé les règlements d'administration publique (les RAP) – ces décrets élaborés en Assemblée générale du Conseil d'Etat, sur invitation formelle du Parlement – à de véritables *délégations législatives,* c'est-à-dire (au sens civiliste) à d'authentiques « mandats » du législateur parlementaire[222]. Autrement dit, cette thèse aboutissait à ériger les RAP en

---

[216] En tant qu'avocat et journaliste, il est un opposant républicain au Second Empire, v. GONOD, P., *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République, op. cit.,* p.11-25

[217] *ibid.,* p.44

[218] *ibid.,* p.11 ; et p.143 et s.

[219] GONOD, P., « Le Conseil d'Etat républicain », *art. cit.,* p.34-36

[220] LAFERRIERE, E., *Traité…,* 1ère éd., t.2, p.393

[221] BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.856-857

[222] VIVIEN, A., *Etudes administratives,* vol. 1, Paris : Guillaumin et cie, 1852, 358 pages, spéc. p.314 ; ROSSI, P., *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris,* 2e éd., t.IV, Paris : Guillaumin et cie, 1877, 418 pages, spéc. p.249 ; BATBIE, A., *Traité théorique et pratique du droit public et administratif,* 2e éd., t.3, Paris : Larose et Forcel, 1885, 530 pages, spéc. p.68 ; AUCOC, L., *Conférences sur l'administration et le*

« véritables lois »[223] (L.-A. Macarel). Aux yeux des républicains, cette conclusion est évidemment inadmissible ; elle équivaut à faire du Président de la République l'égal du Parlement. La pleine soumission du pouvoir réglementaire à la loi parlementaire supposait donc de déconstruire – sur le plan théorique – la thèse de « délégation législative ». La doctrine publiciste – Adhémar Esmein et Henry Berthélemy[224] en tête – s'y emploie avec véhémence à l'extrême fin du XIXe siècle[225] (*cf. infra,* n°626 s.). Pour y parvenir, les considérations organiques du règlement sont exacerbées au détriment des considérations matérielles. Une fois qualifié d'acte de l'Exécutif, il est facile d'en faire un acte exécutif. La doctrine républicaine orthodoxe de la fin du XIXe siècle – incarnée plus tard par Raymond Carré de Malberg (*cf. infra,* n°443 s.) – construit et entretient la fiction du caractère *exécutif* du pouvoir réglementaire[226]. De la sorte, il est possible d'en subsumer toutes les manifestations sous l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (la fonction d'exécution des lois), sans céder à la théorie de la délégation législative. A partir de cette date, le régime du pouvoir réglementaire (son caractère « secondaire et dérivé ») se présente, dans l'idéal républicain, comme l'expression même de son concept[227].

53. γ- Une fois démontré que *« le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire diffèrent profondément l'un de l'autre »*[228] – ce qui n'avait rien d'évident – il était possible d'admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre de tous les règlements. Le Conseil d'Etat s'y emploie, sur plusieurs décennies, au tournant des XIXe et XXe siècles[229].

54. Pour conclure sur ce point, il est pertinent de rappeler que la République parlementaire s'enracine, entre 1870 et 1914, dans la mythification du légicentrisme

---

droit administratif, t.1, 3e éd., Paris : Ch. Dunod, 1885, 836 pages, spéc. p. 124 ; LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* t.2, *op. cit.,* p.10-11 ; DUCROCQ, T., *Cours de droit administratif et de législation française des finances,* 7e éd., vol. 1, Paris : Fontemoing, 1897, 540 pages, spéc. p.85 et s. ; MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.185 et s.

[223] MACAREL, L.-A., *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris,* Paris : G. Thorel, 1844, t.1, 679 pages, spéc. p.55 ; En droit civil, en effet, *« les actes juridiques, faits par le mandataire, dans les limites de ses pouvoirs, et au nom du mandant, doivent être considérés comme ayant été faits par ce dernier personnellement. »* (AUBRY, C., RAU, C., *Cours de droit civil français : d'après la méthode de Zachariae,* t.4, 4e éd., Paris : Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Cosse, Marchal et cie, 1871, 784 pages, spéc. p.650)

[224] ESMEIN, A., « De la délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire,* 1894, n°1, p.200-p.224 ; BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *Revue politique et parlementaire,* 1898, n°1, p.5-15, n°2, p.322-335

[225] v., sur cette entreprise, SACRISTE, G., *op. cit.,* p.295 et s.

[226] ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.501, et p.509 et s. ; BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.89 et s.

[227] On s'inspire d'une formule d'Eric Maulin (MAULIN, E., *op. cit.,* p.245)

[228] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.336

[229] v., STECK, O., *op. cit.,* p.155 et s., et p.301 et s.

révolutionnaire de 1789 et dans le rejet du pouvoir personnel. Le pouvoir réglementaire – cette fonction de législation aux mains de l'Exécutif – y fait figure de « hantise ». Pour se prémunir de ce qu'ils perçoivent comme un *« danger »*[230] (A. Esmein), les républicains radicaux réalisent la « mise en tutelle » du pouvoir réglementaire. Ils n'acceptent son existence, qu'à condition d'en limiter l'étendue. En 1920, Raymond Carré de Malberg synthétise peu ou prou cette façon de penser :

> « A cette supériorité de la règle législative correspond la subordination du règlement à la loi : le règlement ne peut que se mouvoir dans les limites de la loi ; bien plus, l'activité réglementaire ne peut s'exercer qu'en exécution des lois ; à plus forte raison, le règlement ne peut-il, ni contredire les lois existantes, ni y déroger »[231]

Cette conception républicaine du pouvoir réglementaire vole en éclat au XXe siècle. Sous la pression des crises, la République parlementaire doit se convertir au pouvoir d'action. Or, ces nécessités conjoncturelles heurtent les structures de l'idée républicaine, bâtie dans le culte de la délibération parlementaire, dans l'exaltation des principes de 1789 et dans la détestation du pouvoir personnel. L'étude de cette conversion conflictuelle est celle de « l'émancipation » du pouvoir réglementaire.

2) L'émancipation du pouvoir réglementaire : une conversion républicaine au pouvoir d'action

55. Entre 1870 et 1914, l'effort de la République parlementaire consiste à affaiblir le pouvoir réglementaire. L'enjeu est d'ôter à l'Exécutif ses fonctions *primaires* de législation, en le cantonnant à l'exercice de fonctions *secondaires* de législation. Le XXe siècle propose le parcours exactement inverse[232] ; surmonter les crises oblige – *de facto,* sinon *de jure* – l'Exécutif à renouer avec ses fonctions *primaires* de législation, exercées en parallèle ou à la place des fonctions de législation parlementaire (a). Ces mutations méritent que l'on parle « d'émancipation » du pouvoir réglementaire, terme dont il faut néanmoins se justifier (b).

---

[230] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.514

[231] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit,* t.1, p.336

[232] Cette phrase est empruntée à Nicolas Roussellier : *« L'effort de la démocratie républicaine du XIXe siècle et du début du XXe siècle avait consisté à substituer le gouvernement parlementaire, collectif et pluriel, au gouvernement monarchique caractérisé par le pouvoir de décision d'un seul organe. A bien des égards, l'histoire du XXe siècle a proposé le parcours inverse ; émanciper le pouvoir de décision pour le placer à l'abri de la tutelle parlementaire. »* (ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *art. cit.,* p.274-275)

a) Des fonctions secondaires aux fonctions primaires de législation gouvernementale

56. L'émancipation du pouvoir réglementaire, entre 1914 et 1958, correspond au passage des fonctions secondaires aux fonctions primaires de législation gouvernementale. Le caractère primaire, secondaire ou tertiaire d'une activité de législation se mesure par le degré d'initialité – donc de discrétionnalité – qu'elle présente dans la modification de l'ordonnancement juridique[233]. La Constitution de 1958 reconnaît formellement à l'Exécutif ces fonctions primaires de législation[234]. Ces mutations dans l'exercice des fonctions juridiques de l'Etat sont le résultat des mutations qui affectent – au XXe siècle – les fonctions politico-sociales de l'Etat, c'est-à-dire son rôle assumé au regard de la communauté nationale (i). Le transfert des fonctions primaires de législation du Parlement vers l'Exécutif s'explique par les avantages opérationnels du règlement sur la loi (ii).

i) De la mutation des fonctions politico-sociales de l'Etat à la mutation des fonctions juridiques de l'Etat

57. L'émancipation du pouvoir réglementaire résulte d'un transfert, du Parlement vers l'Exécutif, des fonctions primaires de législation dans l'Etat. Il s'agit d'un processus qui affecte l'exercice des fonctions *juridiques* de l'Etat, c'est-à-dire qui touche à l'étude des « actes » (ou moyens) étatiques[235]. Ces mutations des fonctions juridiques de l'Etat dérivent évidemment des mutations de ses fonctions *politico-sociales*. Ces dernières concernent les « fins » de l'activité étatique, c'est-à-dire le rôle assumé par l'Etat *hic et nunc* au regard de la collectivité[236]. L'émancipation du pouvoir réglementaire, entre 1914 et 1958, procède donc de profondes mutations qui touchent, sur cette période, les fonctions politico-sociales de l'Etat. On ne peut comprendre ce cycle que par référence à la conjoncture propre à la première

---

[233] v., en ce sens, MONTAY, B., *op. cit.,* p.249. (On rappelle qu'on se réapproprie, tout au long de ces travaux, le vocabulaire de l'auteur). v., déjà, dans un sens identique, BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP,* 1945, p.202-228, spéc. p.216 et s., not. p.218 ; EISENMANN, C., *Cours de droit administratif, op. cit.,* t.1, p.282, et t.2, p.468 ; FAVOREU, L., « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFDC,* 1997, p.713-726 ; FAVOREU, L., « Les sources normatives secondaires en droit français », Communication présentée au Colloque international organisé par l'Université de Florence sur le thème : *Les sources normatives secondaires en droit comparé,* 12-13 mai 1989

[234] Il s'agit des pouvoirs de l'article 16 ; des règlements autonomes de l'article 37 ; des ordonnances de l'article 38 et des ordonnances de l'article 92. (On exclut la fonction constituante de l'échelle des fonctions de législation. Il faudrait sinon considérer la législation parlementaire ordinaire comme une fonction secondaire de législation, et le pouvoir réglementaire complémentaire comme une fonction tertiaire de législation).

[235] v. EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.293

[236] *ibid.,* p.293 et p.305

moitié du XXe siècle, et qui justifie que la République parlementaire se convertisse au pouvoir d'action.

58. Au XXe siècle, l'Etat connaît une profonde transformation de ses fonctions politico-sociales. Alors qu'il se cantonnait, depuis la Révolution française, à assurer la coexistence minimale des individus en société, en leur offrant un cadre sécuritaire favorable au développement du libéralisme économique (« Etat-gendarme »), l'Etat s'empare – à partir de fin du XIXe siècle (lorsqu'apparaissent les premières séquelles de la Révolution industrielle) – de la réalisation du bien-être social (*Welfare-State,* ou « Etat-providence »). L'Etat ne se limite plus au « gouvernement des hommes », mais s'empare de « l'administration des choses », selon la formule (sans doute apocryphe) de Saint-Simon. En 1964, Pierre Racine reconnaît, dans la réédition du tome X de *l'Encyclopédie française* consacré à l'Etat, que ce dernier est désormais investi *« d'une mission générale de modernisation, voire même de transformation démocratique et légale de la société. »*[237] Il lui appartient de diriger l'économie, de réaliser le progrès social et d'égaliser les conditions[238].

59. Cet interventionnisme étatique – qui caractérise les deux premiers tiers du XXe siècle – est lui-même une réaction aux graves commotions qui touchent les sociétés occidentales sur la période considérée. Aux siècles des Lumières (le XVIIIe), et des révolutions (le XIXe) succède le *« siècle des excès »*[239] (le XXe), c'est-à-dire des dérèglements (diplomatiques, militaires, économiques, sociaux, coloniaux, institutionnels, environnementaux) qui – lorsqu'ils atteignent un état paroxysmique – prennent le nom de *crises.* Ces crises – du grec *κρίσις* (*krisis*) qui signifie « décision » – supposaient, pour les résorber, de substituer à la délibération parlementaire, l'action réglementaire.

ii) Les avantages opérationnels du règlement sur la loi

60. Entre 1914 et 1958, les mutations dans l'exercice des fonctions primaires de législation devaient *irrésistiblement* profiter au règlement plutôt qu'à la loi. Cela tient aux considérations organiques. Activité de législation aux mains de l'Exécutif, le pouvoir réglementaire présente sur la loi l'avantage de l'efficacité. A la différence du Parlement,

---

[237] RACINE, P., « Vues prospectives sur l'Etat traditionnel », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.33-38, spéc. p.34

[238] *ibid.*

[239] TOUCHARD, P., BERMONT, C., CABANEL, P., *et al.*, *Le Siècle des excès : XXe siècle, de 1870 à nos jours,* Paris : PUF, 1997, 704 pages

l'Exécutif est un *« organe d'action »*[240]. Maurice Hauriou l'avait très tôt perçu, et en tirait le constat de la *« primauté du pouvoir exécutif »*[241] dans l'Etat. L'Exécutif est une puissance *« toujours sur pied »*[242], agissant *« uno solo »*[243], avec *« le monopole de la force »*[244]. Il dispose donc du triple privilège de la continuité, de l'unité et de la contrainte[245] :

- l'Exécutif est d'abord un organe « toujours sur pied » (*« always in being »* selon les mots de Locke[246]), caractérisé par la permanence de son activité. Il dispose ainsi du privilège de la *continuité*, en tous lieux et en toutes circonstances. Il présente ici un premier avantage opérationnel sur le Parlement, réuni par intermittence (au rythme des sessions, et des séances).

- l'Exécutif dispose ensuite du privilège de *l'unité.* Agissant seul, sur la base de la relation hiérarchique (*cf. supra,* n°14), il est un organe de décision, non de délibération[247]. Ce privilège de l'unité lui confère l'avantage de la rapidité. Son action – lorsqu'elle est unilatérale – ne suppose théoriquement aucune réunion en assemblée, aucune délibération préalable, aucune approbation extérieure (de co-décision, de sanction ou de promulgation), aucune manifestation de consentement (majoritaire ou unanimitaire). L'Exécutif possède, selon les mots d'Hauriou, *« la synthèse de la conception, de la décision et de l'exécution »*[248]. Il maîtrise l'intégralité du processus décisionnel, peut agir avec immédiateté, sans le concours d'autres organes. Il présente ainsi un deuxième avantage opérationnel sur le Parlement, dont l'action est conditionnée par la réunion d'une assemblée délibérante, le consentement de ses membres, et la promulgation par un autre organe.

- l'Exécutif possède enfin le monopole de la force. Il dispose de *« l'épée »* (selon les mots de Hobbes), sans laquelle les textes ne resteraient que *« du papier et des mots »*[249]. Ce

---

[240] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2015, Reproduction en fac-similé de la 2e édition de Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 759 pages, spéc. p.473 ; v. déjà, HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 2010, Reproduction en fac-sim. de l'éd. de Paris : Sirey, 1910, 734 pages, spéc. p.448 et s. ;

[241] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.376 et s.

[242] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.480

[243] MANSFIELD, H. C., *Le prince apprivoisé : de l'ambivalence du pouvoir,* trad. Pierre-Emmanuel Dauzat, Paris : Fayard, 1994, 414 pages, spéc. p.208 et s.

[244] MONTAY, B., *op. cit.,* p.503

[245] Ces caractéristiques sont mises en évidence, dès 1795, par Roederer. (v., *Du Gouvernement,* Paris : impr. du Journal de Paris, 1795, 60 pages). L'auteur remercie le professeur Alain Laquièze d'avoir attiré son attention sur cette brochure.

[246] LOCKE, J., *Traité du Gouvernement civil,* §.144, p.251, cité par MONTAY, B., *op. cit.,* p.480

[247] Jean-Jacques Rousseau le relevait déjà en ces termes : *« l'expédition des affaires courantes devient plus lente à mesure que plus de gens en sont chargés (...), à force de délibérer on perd souvent le fruit de la délibération. »* (*Du Contrat Social,* Livre III, Chapitre II, p.99). v. encore, MONTAY, B., *op. cit.,* p.481 et s., spéc. p.490.

[248] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.385

[249] HOBBES, T., *Léviathan,* XLVI, cité par MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.9 Sur « l'épée de Hobbes », v. aussi, *ibid.,* p. 29 et s., p.126, p.307 et s., p.472 et s., p.506 et s., p.636

privilège de la *contrainte* physique, lui donne l'avantage de la réalisation. L'Exécutif peut simultanément commander et contraindre. Et sa décision trouve immédiatement à s'appliquer, grâce à l'appareil d'Etat relié à lui par la relation hiérarchique. De là résulte, chez Hauriou, l'idée de la *« décision exécutoire »*[250] ; celle dont l'auteur détient le pouvoir de la faire passer lui-même à exécution, le cas échéant par la force publique.

61. Ce triple privilège de la continuité, de l'unité et de la contrainte offre évidemment au pouvoir réglementaire l'avantage de l'efficacité et de la réactivé. Aux mains de l'Exécutif, les fonctions de législation s'apparentent à un *pouvoir d'action*. Ainsi s'explique qu'au XXe siècle, ces « moments décisifs »[251] – que représentent (étymologiquement) les crises – profitent irrésistiblement au règlement plutôt qu'à la loi.

b) Le choix d'une formulation : « l'émancipation »

62. On qualifie « d'émancipation » du pouvoir réglementaire, entre 1914 et 1958, le passage des fonctions secondaires aux fonctions primaires de législation gouvernementale, c'est-à-dire le processus d'acquisition par l'Exécutif de fonctions primaires de législation dans la République parlementaire (*cf. supra,* n°56). Le terme « émancipation » est donc employé, non dans son sens juridique et civiliste[252], mais dans son sens étymologique et métaphorique. Plusieurs auteurs l'emploient dans un sens comparable lorsqu'ils étudient les mutations des fonctions, et du statut, de l'Exécutif sur la période considérée.

63. Au sens étymologique, le terme « émancipation » résulte de la composition de trois mots latins *ex manus capio* ; le préfixe *ex* signifiant « après ; hors de » et *manus capio* signifiant « prendre en main ». Littéralement, l'émancipation signifie « après la prise en main » ou « hors de la prise en main ». Au sens commun, le *Trésor de la langue française* définit ainsi l'émancipation comme *« l'action de se libérer, de s'affranchir d'un état de dépendance. »*[253] A condition d'être entendue comme une métaphore (c'est-à-dire dans un sens figuré), cette définition correspond parfaitement au processus que l'on entend décrire. Entre 1870 et 1914, en effet, l'effort des républicains consiste à subordonner le pouvoir

---

[250] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.378

[251] v. MORIN, E., « Pour une crisologie », *Communications,* 1976, n°25, p.149-163, spéc. p.149

[252] L'émancipation du mineur est régie par les articles 413-1 et suivants du Code civil. Les civilistes la définissent ainsi : *« Acte juridique solennel, ou bienfait de la loi résultant du mariage, par l'effet duquel un enfant mineur est affranchi soit de la puissance paternelle ou de la tutelle, soit des deux, et acquiert le gouvernement de sa personne, ainsi que la jouissance et l'administration de ses biens, dans les limites fixées par la loi. »* (CAPITANT, H., (dir.), *Vocabulaire juridique rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes,* Paris : PUF, 1936, 530 pages, spéc. p.222-223) ; v. dans le même sens, CORNU, G., *Vocabulaire juridique,* 7e éd., Paris : PUF, 2005, 970 pages, spéc. p.343)

[253] « Émancipation », *Trésor de la langue française,* Centre national des ressources textuelles, CNRS [En ligne]

réglementaire à la loi parlementaire. L'Exécutif est cantonné à l'exercice de fonctions *secondaires* de législation, c'est-à-dire – selon les mots de Carré de Malberg – contraint à agir dans la limite (*infra legem*), et à la condition (*secundum legem*) d'une loi[254]. Le règlement se trouve alors placé – toujours selon ses mots – dans une situation de *« dépendance spéciale »*[255] vis-à-vis du législateur parlementaire. Entre 1914 et 1958, l'Exécutif acquiert au contraire (*de facto,* puis *de jure*) des fonctions *primaires* de législation, caractérisées par un degré d'initialité – donc de discrétionnalité – parfois comparable à la loi parlementaire dans la modification de l'ordonnancement juridique. La loi n'est plus nécessairement la limite (décrets-lois) ou la condition (règlements autonomes) du pouvoir réglementaire. L'articulation des fonctions de législation gouvernementale et parlementaire se recompose sur la base de considérations non exclusivement hiérarchiques. Le terme « émancipation »[256] est adéquat pour rendre compte de ce processus.

64. Une raison supplémentaire l'impose. « L'émancipation » est un terme fréquemment employé par la doctrine spécialisée pour rendre compte des mutations fonctionnelles et organiques de l'Exécutif, en France, sur la période couvrant les deux premiers tiers du XXe siècle (surtout le second). Nicolas Roussellier y fait référence à plusieurs reprises[257]. Stéphane Pinon l'emploie également[258], ainsi que Pierre Brunet[259] ou encore Grégoire Bigot et Thiphaine le Yoncourt[260]. On trouve enfin l'expression sous la plume de Charles Eisenmann[261] pour qualifier la situation du règlement autonome sous la Ve République.

---

[254] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488

[255] *ibid.,* p.652, note 8

[256] Il est préférable aux termes « affranchissement » ou « libération » car – à l'image du mineur émancipé qui continue, en certaines situations, à avoir besoin des autorisations nécessaires au mineur non émancipé (v. CORNU, G., *op. cit.,* p.343) – le pouvoir réglementaire demeure essentiellement soumis au régime de la légalité administrative.

[257] ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *art. cit.,* p.275 ; v. encore, ROUSSELLIER, N., « Gouvernement et Parlement dans l'entre-deux guerres », *in :* BARUCH, M.-O., DUCLERT, V., *Serviteurs de l'Etat : une histoire politique de l'administration française : 1875-1945,* Paris : La Découverte, 2000, 587 pages, spéc. p.109-124, spéc. p.122 ; On lit même, sous sa plume : *« L'émancipation du pouvoir réglementaire est donc considérée comme un acquis de l'histoire de l'administration française. »* (ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.501)

[258] PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République,* Paris : LGDJ, 2003, 632 pages, spéc. p.293 et s.

[259] BRUNET, P., « Les normes législatives et administratives », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, op. cit.,* p.510

[260] BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française, op. cit.,* t.2, p.170

[261] EISENMANN, C., « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *in : Actualité du contrôle juridictionnel des lois : travaux des sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin,* Bruxelles : Maison F. Larcier, 1973, 583 pages, spéc. p.71-95, rééd. *in :* EISENMANN, C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques,* Paris : Ed. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2002, 668 pages, spéc. p.525-541, spéc. p.533

65. Comprendre l'intérêt d'une recherche consacrée à « l'émancipation du pouvoir réglementaire » supposait de définir le pouvoir réglementaire et de révéler la hantise qu'il incarnait dans l'idéal républicain. Ainsi, il était possible d'expliquer les raisons de sa « mise en tutelle » entre 1870 et 1914, c'est-à-dire de sa subordination à la loi parlementaire. De là découle la position du problème et la justification de l'étude : comment la République parlementaire s'est-elle accommodée, sous la pression des crises, d'un pouvoir réglementaire non réductible à l'exécution des lois ? Cette étude est celle de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Il convient désormais d'en délimiter le champ.

§2. Champ de l'étude

66. Il importe à présent de justifier le champ de l'étude, c'est-à-dire d'opérer la délimitation temporelle (1), spatiale (2) et matérielle (3) du sujet traité.

1) La délimitation temporelle : 1914-1958

67. La pertinence d'une étude relative à « l'émancipation du pouvoir réglementaire », dans une perspective historique, repose essentiellement sur la pertinence des bornes temporelles retenues. Au XXe siècle, c'est sous la pression des crises que l'Exécutif retrouve progressivement les fonctions primaires de législation, dont la République parlementaire avait entendu le dépourvoir à la fin du XIXe siècle. Il convient donc de justifier le *terminus a quo* (a) et le *terminus ad quem* (b) de cette recherche.

a) Le terminus a quo *: 1er août 1914*

68. On retient comme limite temporelle inférieure de cette étude la date du 1er août 1914. Elle correspond à la mobilisation générale des armées ordonnée par le Président de la République[262], Raymond Poincaré. Elle est la date de l'entrée de la France dans la Première guerre mondiale. Plusieurs raisons justifient ce choix, qui ne doit cependant pas masquer l'apport de la période antérieure au cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire.

69. Par sa durée et sa violence, la Première guerre mondiale bouleverse tous les équilibres de la société française. « Der des ders », elle marque l'entrée dans une ère nouvelle

[262] Décret du 1er août 1914 prescrivant la mobilisation des armées de terre et de mer (J.O.R.F. du 2 août 1914, p.7054)

de l'histoire, non seulement nationale, mais européenne et internationale[263]. La conduite de la guerre modifie profondément, et durablement, le fonctionnement du système parlementaire. La République parlementaire – qui n'était pas juridiquement préparée au conflit (*cf. infra*, n°129 s.) – doit se convertir aux *« formes du gouvernement de guerre »*[264] (P. Renouvin). Irrésistiblement, cette conversion profite à l'Exécutif (*cf. supra,* n°60 s.), qui se trouve, dès les premiers jours de la guerre, contraint à l'action, en dehors de tous les schémas habituels de la démocratie parlementaire. Entre août et décembre 1914, ce sont plusieurs centaines de décrets réglementaires (majoritairement dépourvus de base légale) qu'élabore le Gouvernement Viviani pour placer – dans l'urgence – la France en état de guerre. *De facto,* et bientôt *de jure,* la conduite de la guerre impose le transfert des fonctions primaires de législation vers l'Exécutif. Le Parlement s'y résout progressivement[265]. Plus largement, et plus durablement, la Première guerre mondiale révèle – aux yeux mêmes des acteurs de l'époque – l'inadaptation de la République parlementaire au pouvoir d'action[266]. La Grande guerre produit donc l'effet, non d'un déclencheur, mais d'un catalyseur dans le cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire. Car *« le souffle de la guerre »*[267] – selon les mots de Nicolas Roussellier – se ressent bien au-delà de l'année 1918 ; au cours de l'entre-deux-guerres, les méthodes gouvernementales employées à la conduite de la guerre sont transposées à la lutte contre les crises monétaires, économique et sociale (*cf. infra,* n°167 s., n°188 s.).

70. Le choix d'un *terminus a quo* en 1914 se justifie pour d'autres raisons. En dépit d'innombrables controverses[268], l'année 1914 est volontiers retenue par les historiens des facultés des lettres comme le véritable début du XXe siècle. Ainsi, Serge Berstein n'hésite pas à écrire que *« le XXe siècle commence en 1914 »*[269]. Eric Hobsbawm retient la même date[270],

---

[263] v., AUDOIN-ROUZEAU, S., BECKER, J.-J. (dir.), *Encyclopédie de la Grande guerre, 1914-1918 : histoire et culture,* [édition du centenaire], Montrouge : Bayard Edition, 2013, 1279 pages, spéc. p.1013 et s.

[264] RENOUVIN, P., *Les formes du gouvernement de guerre,* Paris : Presses universitaires de France ; New Haven : Yale University Press, 1925, 185 pages

[265] Sans qu'il faille en conclure à l'apathie du Parlement. v., BOCK, F., *Un parlementarisme de guerre : 1914-1919,* Paris : Belin, 2002, 350 pages

[266] v. RENOUVIN, P., *op. cit.,* p.129 et s. ; BLUM, L., « Lettres sur la réforme gouvernementale », *Revue de Paris,* 1er et 15 décembre 1917, 1er janvier 1918 ; v., ROUSSELLIER, N., « Le Parlement face à l'Exécutif », *in : Le parlementarisme de guerre en France et en Europe (1914-1918),* actes du colloque organisé au Sénat le 14 juin 2014 [En ligne http://www.senat.fr/rap/parlementarisme_de_guerre/parlementarisme_de_guerre1.pdf]

[267] ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.333 et s.

[268] v., FUREIX, E., JARRIGE, F., *La modernité désenchantée : relire l'histoire du XIXe siècle français,* Paris : La Découverte, 2015, 390 pages, spéc. « L'impossible identité du XIXe siècle », p.16 et s.

[269] BERSTEIN, S., « Le XXe siècle commence en 1914 », *L'histoire,* octobre-décembre 2003, p.104

[270] HOBSBAWM, E., *L'âge des extrêmes : le court XXe siècle, 1914-1991,* Bruxelles : Complexe ; Paris : Le Monde Diplomatique, 1999, 810 pages

ainsi qu'Emmanuel Fureix[271]. En outre, l'année 1914 constitue le *terminus ad quem* des recherches de Marie-Joëlle Redor[272], et de Guillaume Sacriste[273], toutes deux consacrées à l'étude du cycle antérieur ; celui de l'enracinement de la République parlementaire autour de la suprématie du Parlement, aboutissant à la subordination progressive de toutes les manifestations du pouvoir réglementaire à la loi (*cf. supra,* n°50 et s.).

71. Le choix d'un *terminus a quo* en 1914 ne doit pas voiler l'apport de la période antérieure au cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire. Dès les années 1890, se pose la question de la réforme des institutions et du renforcement de l'Exécutif[274], en témoignent les écrits de Charles Benoist[275]. A cette époque, émergent des études *républicaines* qui pensent la question d'un Exécutif fort, dans la lignée des partisans de la République conservatrice des années 1870[276]. Ainsi, avec sa théorie de la « décision exécutoire », Maurice Hauriou entend réinvestir la fonction « d'exécution des lois » d'un sens fort[277] ; il y voit, non l'expression d'une subordination, mais le pouvoir de conférer leur achèvement aux autres fonctions de l'Etat[278]. Sous sa plume, le pouvoir réglementaire est comparé à *l'imperium* romain – ce *« pouvoir illimité d'ordonner »*[279] – sans lequel il est impossible de commander, et de contraindre, une population sur un territoire[280]. C'est dans la « théorie de l'institution », qu'il développe à partir de 1906, que Maurice Hauriou cherche le fondement de la légitimité du pouvoir de commander dont dispose l'Etat (*cf., infra,* n°512 s.). En 1907, Joseph Barthélemy entreprend, à son tour, une réhabilitation de l'Exécutif. Dans une importante monographie, il soutient la thèse (minoritaire à l'époque) que le Président de la République est un véritable *représentant* de la Nation, au même titre que le Parlement, et susceptible comme lui

---

[271] FUREIX, E., *Le siècle des possibles : 1814-1914,* Paris : PUF, 2014, 240 pages

[272] REDOR, M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914, op. cit.*

[273] SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914), op. cit.*

[274] Marcel Morabito le remarque en ces termes *« une fois la forme républicaine pérennisée, le régime se trouve rapidement confronté à des problèmes de fond. La naissance en 1894 de la* Revue du droit public et de la science politique *comme de la* Revue politique et parlementaire *exprime bien ce glissement du terrain des principes à celui de l'organisation pratique ».* (*Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, op. cit.,* p.349)

[275] BENOIST, C., *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel,* Paris : Frimin-Didot, 1895, 70 pages ; BENOIST, C., *L'organisation de la démocratie,* Paris : Perrin, 1900, 171 pages

[276] v. les références citées *supra,* n°49, note 205

[277] MONTAY, B., *op. cit.,* p.70

[278] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif,* 1ère éd., Paris : L. Larose et Forcel, 1892, 783 pages, spéc. p.13 et s. et p.160 et s. ; HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* 1910, p.448 et s., et p.626 et s.

[279] MOMMSEN, T., *Le droit public romain,* tome 1ère, Paris : E. Thorin, 1892, 436 pages, spéc. p.24

[280] v., HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, op. cit.,* 4ème éd., p.42

« d'exprimer la volonté souveraine de l'Etat »[281]. Cette conception de l'Exécutif entraîne évidemment une conception du pouvoir réglementaire, non réductible à l'exécution des lois[282]. Quant à Félix Moreau, professeur à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, il est l'un des premiers auteurs à consacrer une monographie très complète au pouvoir réglementaire en 1902[283]. A rebours des conceptions dominantes à l'époque, il propose une théorie largement méliorative du pouvoir réglementaire, dont il n'hésite pas à affirmer le *« bienfait public »*[284]. Authentique partisan du système parlementaire, il démontre que le règlement n'est, pas moins que la loi, un *« élément de liberté »*[285], dans les mains de ministres émanés du Parlement et responsables devant lui. Il faut encore mentionner l'existence d'un *« moment 1900 »*[286] qui voit émerger une critique du positivisme juridique, elle-même porteuse d'une remise en question de la suprématie du Parlement (et de la loi parlementaire) dans les institutions[287]. Cette production intellectuelle hétérodoxe – poursuivie et maturée dans les décennies suivantes – n'est certainement pas sans incidence sur la génération des hommes qui, entre 1914 et 1958, accèderont au pouvoir et réfléchiront à la réforme des institutions. Ces raisons justifient que l'on s'y réfère fréquemment dans ces travaux.

72. Les années 1900-1910 sont enfin ponctuées de grèves extrêmement violentes, qui conduisent l'Exécutif à réagir, le cas échéant illégalement, pour assurer la continuité des services publics. C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat élabore les prémisses de sa théorie des « circonstances exceptionnelles », perfectionnée au cours de la Première guerre mondiale. (*cf. infra,* n°527 s.) Là encore, ces considérations imposeront d'opérer quelques retours en arrière, pour les intégrer à l'étude.

b) Le terminus ad quem *: 4 février 1959*

73. On retient comme limite temporelle supérieure de cette étude la date du 4 février 1959. Elle correspond au terme du délai fixé par l'article 92 de la Constitution du 4 octobre

---

[281] BARTHELEMY, J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes,* Paris, 1907, 762 pages, p.629 et s. ;spéc. p.22

[282] *ibid.,* p.13, note 2, p.557 et s. et p.647 et s.

[283] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.*

[284] *ibid.,* p.173

[285] *ibid.*

[286] JOUANJAN, O., ZOLLER, E., (dir.), *Le « moment 1900 » : critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux Etats-Unis,* Paris : Editions Panthéon-Assas, 2015, 381 pages

[287] Ainsi l'émergence d'une conception sociologique du droit conduit à voir dans la loi – selon les mots de Léon Duguit – *« l'expression de la volonté des 350 députés et des 200 sénateurs qui forment la majorité habituelle au Sénat et à la Chambre. »* (DUGUIT, L., *Les transformations du droit public,* Paris : Armand Colin, 1913, 285 pages, spéc. p.75)

1958 pour la mise en place des nouvelles institutions par voie d'ordonnances. Ce *terminus ad quem* permet d'intégrer à l'étude, non seulement l'ensemble de la « dimension constituante » de la transition constitutionnelle de la IVe République vers la Ve République, mais également le principal segment de sa « dimension intégrative »[288] (c'est-à-dire l'analyse de la réception, et du sort, des normes infraconstitutionnelles produites en vertu de l'ordre juridique antérieur dans l'ordre juridique nouveau). Autrement dit, retenir la date du 4 février 1959 permet d'étudier les premiers mois d'application des nouveaux articles 34 et 37 de la Constitution, reconnus d'effet immédiat par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (*cf. infra,* n°1129 s.). En vérité, entre le 4 octobre 1958 et le 4 février 1959, en l'absence de Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat régule et interprète – à peu près seul – le nouveau dispositif constitutionnel. On démontrera qu'entre ces deux dates, l'Assemblée générale dégage l'essentiel des principes que consacrera l'Assemblée du contentieux dans les années 1960-1970.

74. La borne temporelle retenue par le titre de la thèse – l'année « 1958 » – est donc une synecdoque généralisante. Elle signifie que le terme de l'étude est fixé à l'avènement du système constitutionnel de la Ve République, que l'on date précisément au 4 février 1959. La période postérieure demeure hors du champ de l'étude, pour trois raisons :

- d'abord, l'émancipation du pouvoir réglementaire est acquise en 1958. A cette date, et pour la première fois depuis 1789[289], un texte formellement constitutionnel reconnaît l'existence, fixe l'étendue et encadre l'exercice des fonctions primaires de législation de l'Exécutif (article 16, articles 34, 37 et 41, article 38, article 92). Ce faisant, la Constitution de la Ve République procède à la mise en conformité des textes et des pratiques apparues dans les décennies antérieures. Elle confère une légitimité légale-rationnelle à toutes les manifestations du pouvoir réglementaire, dont la juridicité demeurait jusque-là incertaine (*cf. infra,* partie 1, spéc. n°567 s.). De ce point de vue, la Constitution de 1958 constitue donc un point d'arrivée, non un point de départ.

- ensuite, l'essentiel des principes structurant l'interprétation du nouveau dispositif constitutionnel (articles 34, 37, 38 et 41) est dégagé par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat avant le 4 février 1959. Dès cette époque, la neutralisation prochaine du système est perceptible. L'étude des structures antérieures à 1958 permet d'expliquer ce pourquoi, sous la Ve République, les relations entre la loi et le règlement sont demeurées hiérarchiques et

[288] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.11 et s., et p.17 et s. (Etant entendu que la « dimension intégrative » d'une transition constitutionnelle est potentiellement illimitée dans le temps. (*ibid.,* p.10)).

[289] A l'exception de l'article 14 de la Charte du 4 juin 1814 (*cf. supra*, n°48)

formelles. En vérité, l'essentiel des chapitres d'un cours de « droit constitutionnel normatif »[290] – au sens où Louis Favoreu l'entendait – est écrit à la date du 4 février 1959.

- enfin, ces chapitres sont désormais écrits et ne nécessitent pas qu'on y consacre d'autres travaux. A partir des années 1970, et jusque dans les années 1990, l'école d'Aix-en-Provence entreprend de vastes recherches sur le dispositif consacré par les articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution de la Ve République[291]. Les résultats de ces travaux sont connus et font référence (*cf. supra*, n°3).

75. Au contraire, une étude sur la *généalogie* du système normatif de 1958 restait à entreprendre. On s'attachera à la réaliser sur la période considérée, du 1er août 1914 au 4 février 1959. Sur cette période – souvent qualifiée de « crise du régime républicain », ou « crise des institutions »[292] – les mutations des fonctions politico-sociales de l'Etat entraînent une nécessaire mutation de ses fonctions juridiques (*cf. supra,* n°57). Il s'agit donc de la période adéquate pour étudier l'émancipation du pouvoir réglementaire. Aucun intervalle n'est exclu du champ de l'étude entre ces deux dates. Le régime de Vichy et la France Libre sont bien évidemment intégrés à ces travaux, tant ces expériences impactent (négativement ou positivement) les représentations de l'Exécutif à court et moyen terme.

2) La délimitation spatiale : la France

76. On délimite cette étude au cas de la France. Néanmoins, on ne réduit pas ces recherches à la Métropole, tant la question du pouvoir réglementaire ultra-marin (exercé à l'égard des colonies, et plus tard de l'Union française) est essentielle au cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire

---

[290] FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC,* vol. 1, 1990, p.71-89, spéc. p.75 ; Le « droit constitutionnel normatif » couvre le système des sources du droit, et de la production des normes dans un ordre constitutionnel. La tripartition proposée par Louis Favoreu (« droit constitutionnel institutionnel » / « droit constitutionnel substantiel » (les droits et libertés) / « droit constitutionnel normatif », structure aujourd'hui encore l'enseignement du droit constitutionnel à la faculté de droit d'Aix-en-Provence)

[291] FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* ; FAVOREU, L., « Les règlements autonomes existent-ils ? », *in Mélanges offerts à G. Burdeau,* 1977, p.405-491 ; FAVOREU, L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA,* 1987, p.871-884 ; FAVOREU, L., « Ordonnances ou règlements d'administration publique » ?, *RFDA,* 1987, p.686-699 ; FAVOREU, L., « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *art. cit.,* ; FAVOREU, L., « Les sources normatives secondaires en droit français », *art. cit.* ; BOYER-MERENTIER, C., *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958,* Aix-en-Provence : PUAM, Paris : Economica, 1996, 416 pages ; TREMEAU, J., *La réserve de loi,* 1997, Aix-en-Provence : PUAM-Economica, coll. Droit public positif, 414 pages ; OLIVA, E., *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et Constitution,* Aix-en-Provence : PUAM-Economica, 1997, 603 pages. v. aussi, LE BOS - LE POURHIET, A.-M., *L'Article 92 de la Constitution de 1958,* Paris : Economica, 1981, 94 pages

[292] v., HENNING, J., *Le radicalisme d'Edouard Herriot et la crise des institutions (1905-1954),* Paris : Dalloz, 2019, 644 pages, spéc. p.11 et s., et les références citées.

77. De nombreuses raisons auraient pu justifier une étude en droit comparé. En effet, le cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire n'est manifestement pas propre à la France. Les démocraties occidentales connaissent de semblables phénomènes, pour de semblables raisons, sur une période semblable[293]. Pour autant, de sérieuses raisons imposaient d'exclure l'étude des systèmes étrangers. Outre les difficultés linguistiques qu'elle posait, une telle recherche – pour qu'elle fût scientifiquement solide – eût justifié de pouvoir accéder à des sources *primaires* de droit étranger (des archives), qu'il eût été nécessaire de critiquer avec une méthode historique et comparatiste. Elle eût également impliqué de maîtriser l'arrière-plan politique et institutionnel de chacun des systèmes étudiés, dans une perspective historique, sur plus de quarante ans. Impossible à mener seul dans le cadre d'un travail doctoral, cette étude reste donc à entreprendre.

78. En revanche, les systèmes étrangers – ou la doctrine étrangère – seront intégrés à l'étude s'ils constituent des objets d'influence sur les pratiques françaises, sur la période considérée. Ainsi, une partie de ces travaux s'attachera, par exemple, à démontrer quelle est l'influence des théories allemandes de la monarchie limitée sur les conceptions françaises du pouvoir réglementaire (*cf. infra,* n°896 s., n°939 s., n°947 s.), ou celle de Hans Kelsen (*cf. infra,* n°819 s.). De la même façon, on montrera combien les expériences étrangères inspirent les réformistes constitutionnels français pendant l'entre-deux-guerres (*cf. infra,* n°220 s.).

3) La délimitation matérielle : le pouvoir réglementaire général

79. On délimite ces travaux à l'étude du pouvoir réglementaire général[294], c'est-à-dire à l'étude des activités de législation du chef de l'Etat et / ou du chef du Gouvernement, sur tout ou partie du territoire national. Ces considérations conduisent à exclure du champ des recherches la question du pouvoir réglementaire des collectivités territoriales, ainsi que des ministres. De même, les travaux entendent s'attacher à l'étude spécifique du pouvoir réglementaire, non des institutions administratives qui en sont le support.

---

[293] v. JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)* Paris : Giard et Brière, 1917, 180 pages ; LAFERRIERE, J., « Le pouvoir réglementaire du président des Etats-Unis d'Amérique », *in : Mélanges R. Carré de Malberg,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages, spéc. p.275-320 ; LAUVAUX, P., MASSOT, J., (dir.), *La législation déléguée : actes de la Journée d'étude du 6 juin 2014*, Paris : Société de législation comparée, 2014, 166 pages ; TUSSEAU, G., « La législation déléguée », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprématie de la Constitution,* Paris : Dalloz, 2012, 825 pages, p.606-657 et la bibliographie citée p.657 ; MONTAY, B., *op. cit.,* p.562 et s., et les références citées ; KOPSIDI, E., « Le renforcement du pouvoir exécutif sous l'effet des crises financières. Les exemples américains, argentin et grec », *RFDC,* 2015, n°4, p.823-838 ; BENZINA, S., « Les *executive orders* du président des Etats-Unis comme outils alternatifs de législation », *Juspoliticum,* n°21, juillet 2018, [En ligne], et les références citées.

[294] v. CHAPUS, R., *Droit administratif général, op. cit.,* t.1, 15e éd., p.652 et s.

80. Perçu comme une atteinte à l'autonomie de la volonté (qu'incarne la loi parlementaire par le truchement de la fiction de l'expression parlementaire de la volonté générale), le pouvoir réglementaire fait traditionnellement figure de « hantise » républicaine (*cf. supra,* n°36 s.) Là réside l'intérêt de l'étude : la tension créée par la rencontre entre les structures de l'idée républicaine (l'hostilité envers le pouvoir réglementaire) et la conjoncture critique du XXe siècle (la nécessité d'un pouvoir d'action) positionne le problème de l'émancipation du pouvoir réglementaire dans la République parlementaire. Or, le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales ne présente pas ce caractère hétéronomique, comme ne manque pas de le remarquer René Capitant[295]. Il demeure donc extérieur à la problématique, et procède de logiques différentes. Quant au pouvoir réglementaire des ministres, il pose des questions – par ailleurs bien analysées[296] – qui relèvent davantage de la distribution des fonctions de législation au sein de l'Exécutif, qu'entre les organes de l'Etat. Ces considérations justifient d'exclure cette dimension du champ de l'étude.

81. L'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire est indétachable d'une histoire de l'Administration, voire d'une histoire de la « technocratie » (ce *« pouvoir administratif »*[297], dont Henri Chardon pressentait – et encourageait – la montée en puissance dès 1911). Car, ces règlements, il faut des hommes pour les penser (les hauts fonctionnaires), et des services pour les écrire. Surtout, il faut donner au Gouvernement les moyens de son « autonomie organisationnelle »[298] et fonctionnelle ; c'est-à-dire lui attribuer des ressources humaines, immobilières (l'hôtel de Matignon), matérielles et financières ; lui permettre de produire du savoir technique et scientifique de manière endogène ; lui permettre d'assurer la coordination du travail ministériel, et asseoir la supériorité du président du conseil. C'est donc une étude de la structuration de l'appareil gouvernemental, voire celle des grands corps et des entourages ministériels, ou même celle de la politisation de la haute administration qu'il faudrait entreprendre pour saisir pleinement le phénomène d'émancipation de l'Exécutif. Ces

---

[295] *« Le pouvoir dont sont investies ces collectivités* [nda : *territoriales, corporatives, contractuelles*] *n'est pas du tout de même nature que le pouvoir exécutif, en tous cas en démocratie (...). Ce n'est pas un pouvoir de règlementation autonome. C'est presque un pouvoir de législation parallèle. C'est en tout cas un pouvoir qui repose, comme la loi nationale, sur l'autonomie individuelle. C'est le pouvoir des membres de chacune de ces collectivités de se soumettre eux-mêmes, avec leur consentement unanime et sous condition de réciprocité générale, à des règles propres qui formeront la législation spéciale de leur communauté. »* (CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953*, Paris : les cours de droit, 1952/53, 344 pages, réédité *in : Ecrits constitutionnels,* Paris : CNRS, 1982, 485 pages, spéc. p.219)

[296] WIENER, C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres,* Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque des thèses, 1970, 298 pages

[297] CHARDON, H., *Le pouvoir administratif,* Nouvelle édition, augmentée, Paris : Perrin, 1912, 483 pages

[298] CARON, M., *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement : recherche sur le droit gouvernemental de la Ve République,* Clermont-Ferrand : Institut universitaire Varenne, 2015, 898 pages

études sont partiellement réalisées[299] ; elles demandent à être poursuivies. Mais cette entreprise dépasserait le cadre de ce travail doctoral, et conduirait à s'immiscer sur le terrain de la science administrative. On l'exclut du champ de ces recherches, que l'on concentre spécifiquement à la question du pouvoir réglementaire (à ses représentations, à son régime, à ses emplois). Néanmoins, on montrera, tout au long de cette étude, combien le Conseil d'Etat – particulièrement ses sections administratives – représente un acteur central du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire.

82. Après avoir délimité le champ de l'étude dans le temps, dans l'espace et sur le fond, il importe d'en souligner les intérêts.

§3. Intérêt de l'étude

83. La question de l'intérêt de l'étude diffère de celle de la justification de l'étude, déjà traitée. Alors que cette dernière touche aux raisons de l'étude (pourquoi ?), la première est relative à ses buts (pour quoi ?). Ceci étant précisé, l'intérêt de cette étude est essentiellement scientifique. Il se déploie principalement dans trois directions : dévoiler les filiations de la Constitution de 1958 (1), contribuer à l'intelligence des fonctions d'un Exécutif contemporain (2), réinvestir le champ de l'histoire dans la science du droit constitutionnel (3).

1) Dévoiler les filiations de la Constitution de 1958

84. La Constitution de la Ve République n'est pas un *deus ex machina,* tombé du ciel en 1958. Elle est le produit d'une histoire, s'inscrit dans un héritage et s'enracine dans des filiations complexes qu'il convient de dévoiler. Ce champ de recherches est relativement nouveau. En 2014, Gilles Le Béguec et Frédéric Fogacci invitaient à l'explorer :

> « l'essentiel a été dit sur l'ensemble des processus d'élaboration des textes de 1958 (…) De même, on dispose d'une masse d'informations sur les deux grands

[299] LEGENDRE, P., « Administrer en vue du salut. Une étude, du fond de la région des ombres », *in :* LEGENDRE, P., *Fantômes de l'Etat en France : parcelles d'histoire,* Paris : Fayard, 2015, 233 pages, spéc. p.39-124, not. p.100-114 ; LEGENDRE, P., *Trésor historique de l'Etat en France : l'Administration classique,* Paris : Fayard, 1992, 638 pages, spéc. p.423 et s. ; BURDEAU, F., *Histoire de l'administration française : du 18e siècle au 20e siècle,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1994, 377 pages, spéc. p.153 et s., et p.253 et s. ; PETOT, J., « La naissance du pouvoir administratif dans la France moderne », *in : Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier,* Paris : Editions Emile-Paul, 1981, 895 pages, spéc. p.257-288 ; CHAGNOLLAUD, D., *Le premier des ordres : les hauts fonctionnaires, XVIIIe-XXe siècle,* Paris : Fayard, 1991, 398 pages ; BARUCH, M.-O., DUCLERT, V., (dir.) *Serviteurs de l'Etat : une histoire politique de l'administration française : 1875-1945*, Paris : La Découverte, 2000, 587 pages ; EYMERI-DOUZANS, J.-M., BIOY, X., MOUTON, S., (dir.), *Le règne des entourages : cabinets et conseillers de l'exécutif,* Paris : Presses de Sciences po, 2015, 875 pages ; ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.411 et s.

> discours de 1946, et leur genèse, celui de Bayeux et celui d'Epinal (…). En revanche, les réponses sont moins évidentes dès que l'interrogation adopte le point de vue du temps long. (…) Le temps est donc sans doute venu d'examiner les choses sur la longue durée. »[300]

Cette étude des « racines » de la Constitution de 1958 suscite déjà l'intérêt des historiens des facultés des lettres, en témoignent les travaux récents de Nicolas Roussellier (et principalement son livre *La force de gouverner*), ou ceux d'Odile Rudelle[301]. Les juristes – historiens du droit[302], ou constitutionnalistes[303] – s'emparent progressivement de cet objet de recherche. Ce mouvement semble participer de l'engouement (retrouvé) pour l'histoire constitutionnelle depuis la fin des années 1990[304].

85. En se proposant d'étudier la généalogie du pouvoir réglementaire sur la période 1914-1958, ces travaux entendent s'inscrire dans cette recherche des filiations de la Constitution de la Ve République. Cette approche rétrospective permettra de répondre aux trois questions soulevées dans les premières lignes de cette introduction. Leur réponse permettra de comprendre pourquoi la révolution de 1958 n'a « pas eu lieu » (J. Rivero).

86. Cette étude généalogique s'inscrit d'ailleurs dans la continuité de travaux antérieurs. En 1987, Michel Verpeaux pose les premiers jalons d'une histoire constitutionnelle du pouvoir réglementaire, en datant sa *« naissance »*[305] de la décennie révolutionnaire. Dès la Ière République, voire dès la monarchie constitutionnelle, l'Exécutif détient *de facto,* ou *de jure,* des fonctions de législation[306]. Ces recherches stimulantes appelaient à être poursuivies,

---

[300] LE BEGUEC, G., FOGACCI, F., « Les racines de la constitution de la Ve République », *Espoir : Revue de la Fondation Charles de Gaulle,* n°186, printemps 2017, p.2-100

[301] v. not., RUDELLE, O., *République d'un jour république de toujours,* Paris : Riveneuve Editions, 2016, 689 pages ; RUDELLE, O., « Idée républicaine, lois fondamentales, résistance constitutionnelle : de Claude Nicolet à Michel Debré en passant par Marc Bloch et Alexis de Tocqueville : droit, histoire et mémoire » *in : Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu,* Paris : Dalloz, 2007, 1783 pages, spéc. p.915-936

[302] v., par exemple, MESTRE, J.-L., « De l'ancien sur l'article 37 alinéa 2 de la Constitution », *RFDA,* 2001, p.301-318 ; MESTRE, J.-L., « Encore de l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958 », *in : Droit, politique et littérature : mélanges en l'honneur de Yves Guchet,* Bruxelles : Bruylant, 2008, 645 pages, p.123-135 ; ainsi que MORABITO, M., *Histoire constitutionnelle de la France, op. cit.,* ; FIORENTINO, K., *La seconde Chambre en France dans l'histoire des institutions et des idées politiques (1789-1940),* Paris : Dalloz, 2008, 599 pages ; HENNING, J., *op. cit.*

[303] v., par exemple, PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République,* Paris : LGDJ, 2003, 632 pages ; PERI, A., *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958),* LGDJ, coll. Collection des thèses, n°18, 2008, 443 pages ; *AA. VV.,* « L'histoire du contrôle de constitutionnalité », *Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel,* n°28, juillet 2010 [En ligne]

[304] CAYLA, O., HALPERIN, J.-L., (dir.), *Néo ou rétro constitutionnalismes ? : mises en perspective de la démocratie constitutionnelle contemporaine,* Paris : mare & martin, 2018, 231 pages

[305] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.*

[306] *ibid.,* spéc., p.281 et s. De cette étude, il faut donc retenir que le pouvoir réglementaire est une *« constante »* de l'histoire constitutionnelle française (*ibid.,* p.415), c'est-à-dire contemporain à l'idée même de « constitution », donc de séparation des pouvoirs.

comme y invitait Michel Verpeaux lui-même : *« le chemin de la quête du pouvoir réglementaire s'étant arrêté à l'arrivée au pouvoir de Napoléon Ier, il était souhaitable que le sillon fût poursuivi jusqu'en 1958. »*[307] Son élève, Olivier Steck, s'y emploie en 2005 dans une étude consacrée à la *« renaissance »*[308] du pouvoir réglementaire sous la IIIe République. L'auteur y démontre comment le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont participé à l'unification du régime du pouvoir réglementaire, autour d'une conception fonctionnelle : la « facilitation » de l'application des lois[309]. La thèse d'Olivier Steck permet de comprendre comment la République parlementaire s'est accommodée d'un héritage essentiellement autocratique ; en investissant le pouvoir réglementaire d'une telle fonction (empreinte de discrétionnalité), la jurisprudence le plaçait *au service* de la loi parlementaire. Les présents travaux entendent modestement se placer dans la continuité de ceux de Michel Verpeaux et d'Olivier Steck, et poursuivre l'étude du « cycle de vie » du pouvoir réglementaire ; après la « naissance » et la « renaissance », « l'émancipation » est une troisième étape de la généalogie du pouvoir réglementaire[310].

2) Contribuer à l'intelligence des fonctions d'un Exécutif contemporain

87. Les démocraties occidentales contemporaines sont touchées par un phénomène comparable : la prédominance de l'Exécutif dans les institutions politiques. Cette *« présidentialisation des démocraties »*[311] (P. Rosanvallon) – dont on peut partout dater l'origine à la Première guerre mondiale – aboutit, selon ses mots, à identifier l'Exécutif *au pouvoir,* pris au singulier[312], c'est-à-dire au souverain. Mettre en évidence ce phénomène, en dévoilant l'inclination irrésistible de l'Exécutif contemporain à *« s'arroger l'ensemble de la direction des fonctions étatiques »*[313] (B. Montay) – c'est-à-dire à « tout faire »[314] – est un

[307] VERPEAUX, M., « Préface », *in :* STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.*, p.V

[308] STECK, O., *op. cit.*

[309] *Ibid.,* p.512 et s., et p.532

[310] Par ailleurs, il semble que des travaux doctoraux sur le pouvoir réglementaire au XIXe siècle soient en cours sous la direction de Benoît Plessix à l'Université de Paris 2. v., Guillaume Marie, *Le pouvoir réglementaire de 1799 à 1870,* Projet de thèse en droit public. (http://www.theses.fr/s144186)

[311] ROSANVALLON, P., *Le bon gouvernement,* Paris : Editions du Seuil, 2017, 400 pages, spéc. p.15

[312] *ibid.,* p.15

[313] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.27

[314] Comme l'écrit Benoît Montay : *« l'Exécutif exerce, non seulement un vaste ensemble de fonctions attribuées expressément par les diverses constitutions de par le monde, mais qu'il tend encore à s'arroger la direction des autres fonctions étatiques de l'exercice desquelles il avait pourtant été initialement exclu. En un mot, l'Exécutif exerce (ou participe à) toutes les fonctions de l'État (…). L'Exécutif, au fond, est censé* tout *faire. »* (on souligne) (*ibid.,* p.13 et p.29)

préalable indispensable (et un enjeu éminemment d'actualité) pour en repenser le contrôle en démocratie. Ce travail entend y contribuer.

88. Déjà, il permet de révéler que le pouvoir réglementaire – loin d'être absorbé dans la fonction « administrative », voire « exécutive » – est fondamentalement une activité de *législation* aux mains de l'Exécutif ; qu'il est donc essentiellement hétéronomique. De là découle la nécessité d'en garantir le contrôle[315], voire d'en assurer la transparence[316]. Surtout, l'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire permet de mettre en lumière la manière dont l'Exécutif – par la force des choses – s'est progressivement arrogé l'exercice des fonctions primaires de législation. Non seulement, il maîtrise le processus de production de la législation parlementaire (cela demeure cependant en dehors du champ de l'étude) ; au cours de la XIVe législature, 75,5 % des lois définitivement adoptées étaient d'origine gouvernementale[317]. Mais surtout, l'Exécutif exerce *proprio motu* des fonctions de législation primaire, et cette activité ne cesse de s'accroître. Les chiffres sont difficiles à isoler[318] ; mais il sont extrêmement révélateurs s'agissant du recours aux ordonnances. Depuis 2002, ont été édictées 706 ordonnances (en moyenne, 42 par an), pour 838 lois (en moyenne, 48 par an), hors les lois de ratification et d'approbation de traités et conventions internationales. Autrement dit, on compte en moyenne 1,2 lois pour une ordonnance (presque une loi pour une ordonnance). Aujourd'hui, 45,7 % du droit primaire relevant du champ de l'article 34 est édicté par ordonnances. Les chiffres sont plus révélateurs encore pour la période récente. Entre 2012 et 2018, on compte 346 lois pour 350 ordonnances, soit moins d'une loi pour une ordonnance (0,98 loi pour une ordonnance). Sur cette période, la majorité du droit primaire

---

[315] Tel n'est pourtant pas dans cette direction que s'est récemment orienté le Conseil d'Etat en restreignant les moyens invocables à l'encontre d'un acte réglementaire dans le cadre d'une exception d'illégalité. (CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT,* préc.)

[316] Les actes réglementaires échappent encore majoritairement au régime de la motivation obligatoire (v. CE, 24 octobre 2001, *Confédération des syndicats médicaux français,* req. n°244760). Mais l'article L.211-2 du code des relations entre le public et l'administration apporte ici de sensibles dérogations à ce principe, notamment en matière de police.

[317] 339 projets de loi adoptés, pour 110 propositions de loi. (soit 75,5 % des textes définitivement adoptés). (v., Assemblée nationale, « Statistiques de l'activité parlementaire », XIVe législature, [En ligne] ; Sur cette question, v. DEROSIER, J.-Ph., (dir.), *L'initiative de la loi : 3e ForInCIP, 14, 15 et 16 septembre 2017,* Paris : Lexisnexis, 2018, 357 pages

[318] Il est malheureusement impossible de quantifier l'activité réglementaire de l'Exécutif sur la période considérée (1914-1958), *a fortiori* jusqu'à aujourd'hui. Aucune statistique n'existe en la matière avant 2002 (le Secrétariat général du gouvernement l'a confirmé à l'auteur de ses lignes), et le *Journal officiel* ne distingue pas ceux des décrets qui, entre ceux publiés quotidiennement, revêtent un caractère réglementaire. (Un comptage manuel sur 16 060 jours de parution de *Journal officiel* s'avère impossible, même dans le cadre d'un travail doctoral). Depuis 2002, on compte en moyenne 1591 décrets réglementaires par an (pour 49 lois, hors les lois de ratification ou approbation de traités). v. statistiques de la norme [En ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Statistiques-de-la-norme2]

édicté (50,28 %) relevant du champ de l'article 34 est le produit d'une ordonnance. La tendance est confirmée pour l'année 2019[319].

89. Ce travail permet de mettre en évidence cette dimension irrésistible des activités d'un Exécutif contemporain, et la façon dont, en France, s'est produite cette inversion, non pas hiérarchique, mais quantitative et fonctionnelle des rapports entre la loi et le règlement. Cette entreprise de mise en lumière – ce dévoilement – est un préalable indispensable à la juste appréhension des conditions du contrôle de l'Exécutif, *« clef »*[320] de l'idéal démocratique contemporain.

3) Réinvestir le champ de l'histoire dans la science du droit constitutionnel

90. Adopter la perspective historique procède d'une démarche qui – pour n'être pas une « théorie pure » – demeure relever de la science du droit constitutionnel. Ceci, à condition de ne pas en réduire l'objet à l'étude des « normes » en vigueur ou de la jurisprudence constitutionnelles, mais d'y voir une science ayant la prétention de systématiser le phénomène politique, c'est-à-dire le pouvoir, saisi dans sa dimension juridique, c'est-à-dire par le prisme de l'Etat[321]. Or, accéder à la connaissance de cet objet suppose d'en penser l'historicité. En 2008, Denis Baranger invite expressément à s'engager dans cette voie :

> « Contrairement à toutes les apparences, la [science du droit constitutionnel] n'a, en la matière, rien à faire de plus urgent que de l'histoire. (…) Il me semble peser sur le droit constitutionnel un impératif d'histoire, un devoir épistémologique de faire de l'histoire. C'est que les objets du juriste de droit constitutionnel sont des constructions d'une complexité telle que seule une analyse précise de leur développement historique permet de faire apparaître le champ des possibilités de significations dans lesquels ils s'insèrent et qui président à leur interprétation. En d'autres termes : confronté à des condensés de représentations, de faits, de formes de normativité, l'historien constitutionnel devrait avant tout se donner pour tâche de les *désarticuler.* »[322]

91. C'est à cette « désarticulation » des « représentations, des faits et des formes de normativité » qui entourent la question du pouvoir réglementaire dans la première moitié du XXe siècle que ce travail entend s'atteler. Saisir la véritable portée de la « révolution » du système de la Constitution de 1958, en comprendre l'avènement, et en expliquer la

[319] En 2019, on compte 59 ordonnances pour 51 lois (hors article 53 de la Constitution).

[320] ROSANVALLON, P., *op. cit.*, p.20

[321] v., en ce sens, BEAUD, O., « Constitution et droit constitutionnel », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.257-266 ; v. également, la démarche de la revue *Juspoliticum,* « Texte de présentation », n°1, 2008 [En ligne]

[322] BARANGER, D., « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *in :* HERRERA, C.-M., LE PILLOUER, A., (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris : Editions Kimé, 2012, 198 pages, spéc. p.117-140, not. p.117, et p.134-135

neutralisation postérieure imposent d'entreprendre cette mise en évidence des *décalages* et des conflits (c'est-à-dire d'opérer cette désarticulation) entre ces trois dimensions. L'étude de ces conflits est essentielle à l'intelligence de l'émancipation du pouvoir réglementaire, et plus largement à la pleine connaissance de cet *« agir politique »*[323] – là est l'objet du droit constitutionnel – qu'est l'activité de législation. Rien ne cristallise effectivement plus de tensions que le pouvoir réglementaire au XXe siècle ; les représentations qui l'entourent (la « hantise » républicaine) heurtent progressivement les comportements politiques (les faits) imposés par les circonstances de crises. De cette rencontre conflictuelle, résultent des formes de normativité nouvelles (règlements de nécessité, règlements autonomes, décrets-lois etc.) que consacrent et traduisent progressivement les évolutions institutionnelles, jurisprudentielles ou textuelles. Elles-mêmes sont conditionnées par les représentations prévalentes à une époque donnée. L'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire est donc résolument une étude de science constitutionnelle, appréhendant son objet dans sa dimension historique, c'est-à-dire en tant que *« devenir »*[324]. Les méthodes et sources employées témoignent de cette démarche proprement juridique.

§4. Méthode et sources

92. La relativité des méthodes en histoire constitutionnelle[325] ne dispense pas les chercheurs de justifier les leurs, c'est-à-dire d'en démontrer l'adéquation à la connaissance de leur objet d'étude. L'intelligence non anachronique de l'émancipation du pouvoir réglementaire suppose d'adopter une démarche tournée vers l'analyse du discours des acteurs ayant pris part au processus étudié. Cette méthode (1) conduit à exploiter un certain nombre de sources primaires, qu'il convient de présenter (2).

1) La méthode : l'analyse croisée des discours des acteurs

93. L'émancipation du pouvoir réglementaire est essentiellement le produit des faits. Ce processus – d'ailleurs ni lisse, ni linéaire – se réalise en marge des textes constitutionnels. Il est fait de « représentations », de « comportements » et de « formes de normativité » (ces *« matières premières »*[326] de l'histoire constitutionnelle identifiées par Denis Baranger) qu'il

[323] *ibid.,* p.117
[324] *ibid.,* p.118
[325] SAINT-BONNET, F., « *Nemo auditur suam propriam methodum allegans », in :* HERRERA, C.-M., LE PILLOUER, A., (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?, op. cit.,* p.95-113
[326] BARANGER, D., « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *art. cit.,* p.124

convient de désarticuler. Il faut donc donner leur place aux acteurs[327], en étudiant leur langage (les « discours du droit » et « discours sur le droit »[328]), pour accéder à la connaissance non anachronique, et contextualisée, du processus étudié.

a) Quels discours ?

94. Les mutations dans l'exercice des fonctions juridiques de l'Etat sont le résultat des mutations qui affectent – au XXe siècle – les fonctions politico-sociales de l'Etat (*cf. supra,* n°57 s.). Ainsi, l'émancipation du pouvoir réglementaire procède essentiellement de raisons externes au système juridique. Appréhender ce processus implique donc de se départir d'une méthode purement « normativiste ». Pour autant, seule une démarche juridique permet de saisir ces mutations dans l'exercice de fonctions – les activités de législations – imputables à l'Etat et porteuses de « devoir être ». C'est donc un *« positivisme au sens faible »*[329], selon la formule de Jean-Marie Denquin, qui constitue le cadre épistémologique de ce travail. On y emploiera une méthode *« transdisciplinaire normativo-centrée »*[330], telle que proposée par Xavier Magnon, c'est-à-dire procédant *« au-delà du droit mais par ou pour le droit »*[331]. Elle repose sur l'analyse croisée des différents langages (ou discours) juridiques.

95. Ces discours sont toujours relatifs au droit mais ne relèvent pas tous du droit. Jerzy Wroblewski distingue ainsi le « discours du droit » du « discours sur le droit »[332]. Le premier s'identifie au droit proprement dit ; il est celui par lequel les acteurs formulent le droit positif. Il relève du « devoir être » juridique – c'est-à-dire de prescriptions imputables à l'Etat – et n'est pas susceptible de réfutabilité (ou falsifiabilité)[333]. Il est le résultat de l'activité – normatrice ou matérielle – des organes de l'Etat, habilités à produire, appliquer et interpréter le droit. Il faut y englober l'ensemble du langage prescriptif – employé dans l'intention de produire des conséquences de droit[334] – imputable à l'Etat. Le second (le discours sur le droit)

---

[327] Pour un plaidoyer en la matière, v. JOUANJAN, O., « D'un retour de l'acteur dans la théorie juridique », *Revue européenne des sciences sociales – Cahiers Vilfrido Pareto,* volume XXXIX, n°121, 2001, p.55-64

[328] Sur cette distinction, v. WROBLEWSKI, J., « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société,* 1988, n°8, p.13-27

[329] DENQUIN, J.-M., « Situation présente du constitutionnalisme. Quelques réflexions sur l'idée de démocratie par le droit », *Juspoliticum,* n°1, 2008 [En ligne]

[330] MAGNON, X., « Appréhender le droit constitutionnel jurisprudentiel sous un angle politique. D'une posture à la discussion de quelques orientations méthodologiques fondamentales », *in :* MAGNON, X., ESPUGLAS, P., MASTOR, W., MOUTON, S., (dir.), *Questions sur la question (QsQ 3) : de nouveaux équilibres institutionnels,* Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014, 219 pages, spéc. p.3-14, p.8

[331] *ibid.,* p.7

[332] WROBLEWSKI, J., *art. cit.,* p.13 et p.14

[333] TROPER, M., *La philosophie du droit,* Paris : PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, 126 pages, spéc. p.27 et s.

[334] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.191

est un discours théorique ; il est celui par lequel les acteurs parlent du droit[335], positif ou idéal. A la différence du premier, il est constitué de « propositions de droit »[336], indicatives (et non prescriptives) de ce qu'est le droit, ou de ce qu'il pourrait ou devrait être idéalement. Il est donc susceptible de réfutabilité (ou falsifiabilité). Il relève essentiellement de la connaissance du droit. Il faut y englober l'ensemble du langage descriptif des énoncés prescriptifs.

96. La méthode ici employée conduira à l'analyse croisée de ces différents discours juridiques. On éclairera le « discours du droit » par « le discours sur le droit », le second permettant de mettre en contexte, et de saisir sans anachronisme, le premier. La conjugaison de ces deux perspectives – *« normative-institutionnelle »* et *« doctrinale »* [337] – est la démarche la mieux adaptée à l'étude de l'histoire constitutionnelle, dont les objets supposent (par définition) d'être appréhendés dans leur évolution au regard des nécessités factuelles et des représentations prévalentes dans une société à une époque donnée. C'est donc aux acteurs – les producteurs de ces différents discours juridiques – qui formulent le droit, ou parlent du droit, dans un certain contexte extra-juridique, qu'il faut en définitive s'intéresser.

b) Quels acteurs ?

97. L'émancipation du pouvoir réglementaire est le résultat d'un bouleversement des pratiques législatives et d'une évolution des représentations de l'Exécutif qui s'opère, au XXe siècle, sous la pression des crises et dans le silence des textes constitutionnels. Étudier ce processus impose d'adopter une démarche inductive[338], c'est-à-dire de partir de l'analyse critique des discours juridiques des acteurs de l'époque pour aboutir à une démonstration générale. Cette démarche permet d'éviter l'écueil téléologique (en relativisant la dimension purement progressive du cycle d'émancipation, par l'étude des différences et des résistances) et permet de mettre en évidence le poids des circonstances (le contexte extra-juridique) qui s'impose aux acteurs au stade de la production ou de la connaissance du droit.

98. Ces considérations conduiront, en premier lieu, à attacher une importance particulière à l'analyse du « discours du droit », dont il convient désormais d'identifier les producteurs, et les productions utiles à ce travail doctoral :

---

[335] WROBLEWSKI, J., *art. cit.,* p.15 et s.

[336] TROPER, M., *op. cit.,* p.27 et s.

[337] VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *in :* HERRERA, C.-M., LE PILLOUER, A., (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, *op. cit.,* p.57-74, spéc. p.58

[338] v. déjà, en ce sens, DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.53 ; VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.18 ; STECK, O., *op. cit.,* p.13

- On s'intéressera spécialement à la législation gouvernementale (les règlements) produite par l'Exécutif (chef de l'Etat et / ou chef du Gouvernement) entre 1914 et 1958 ; elle est le premier indice des mutations dans l'exercice des fonctions de législation dans l'Etat sur la période considérée.

- La législation parlementaire (les lois) produite par le Parlement représente un indice équivalent, particulièrement lorsque se généralise la pratique des lois d'habilitation. On s'y intéressera avec attention, ainsi qu'à ses travaux préparatoires (c'est-à-dire aux débats parlementaires). Ces derniers permettent de mettre en lumière les représentations axiologiques de l'Exécutif à une époque donnée. Ils sont un indice précieux des mutations de la façon de penser l'exercice du pouvoir dans l'Etat.

- La jurisprudence (particulièrement la jurisprudence administrative) est également un élément central du cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire. En l'absence de juge constitutionnel spécifique, de « code administratif » et de toute définition textuelle du pouvoir réglementaire, le Conseil d'Etat s'est trouvé, sous la troisième République, le principal interprète des fondements et du champ des fonctions de législation reconnues à l'Exécutif, donc de leur régime[339]. Pour autant, c'est moins l'activité contentieuse, que l'activité administrative du Conseil d'Etat (ses avis rendus sur des projets de textes et des questions de droit) qui retiendra ici l'attention. En effet, alors que la période d'enracinement de la République parlementaire (1879-1914) supposait d'exalter les fonctions contentieuses du Conseil d'Etat (*cf. supra,* n°51), la période d'émancipation du pouvoir réglementaire imposait – pour répondre aux nécessités de l'action gouvernementale – de revaloriser ses fonctions administratives[340] (particulièrement sa participation aux fonctions primaires de législation dans l'Etat[341]), ce que réalisent l'ordonnance du 31 juillet 1945 et, plus tard la Constitution du 4 octobre 1958. Historiquement associé à l'élaboration des RAP, le Conseil d'Etat est, après la Libération, obligatoirement saisi de tous les projets de loi (*cf. infra,* n°381 s.). A ce titre, il participe non seulement à l'élaboration de toutes les lois d'habilitation de la IVe République, mais également à la préparation de tous les projets de loi constitutionnelle, parmi lesquels figurent la future loi du 3 juin 1958 et la future Constitution de la Ve République. Les avis rendus à la demande du Gouvernement sur des questions de droit érigent également le Conseil d'Etat en interprète privilégié de l'étendue des pouvoirs de l'Exécutif (en témoignent les deux

[339] v. en ce sens, STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.*, p.13 et s.
[340] v., GONOD, P., *La présidence du Conseil d'Etat républicain, op. cit.,* p.47 et s.
[341] v., BOUVIER, L.-A., *Le Conseil d'Etat et la confection de la loi,* Thèse Paris 2, 2013, 471 pages

avis du 6 février 1953 (*cf.* Annexe n°18)). En vérité – on le démontrera tout au long de ce travail – les sections administratives du Conseil d'Etat, particulièrement l'Assemblée générale, sont des acteurs absolument centraux du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire. Le caractère secret de ses avis permet au Conseil d'exprimer librement au Gouvernement toutes les considérations d'opportunité, non seulement juridico-administratives, mais politiques qui entourent l'adoption ou le rejet d'un texte. Les traces de cette activité (notamment les avis et débats en Assemblée générale) sont aujourd'hui conservées aux Archives nationales. Elles sont un indice indispensable à la perception de l'évolution (quantitative et qualitative) des fonctions normatrices de l'Exécutif. Parce qu'elle relève de la préparation formelle, de l'interprétation authentique (voire, s'agissant des RAP, de la co-production) des énoncés prescriptifs, on peut sans trop de difficulté rattacher cette activité du Conseil d'Etat – comme son activité contentieuse – au « discours du droit ».

99. On attachera, en second lieu, une égale importance à l'analyse du « discours sur le droit », particulièrement du discours doctrinal produit entre 1914 et 1958. Car, l'émancipation du pouvoir réglementaire n'est pas seulement le résultat d'un bouleversement des pratiques gouvernementales sous la pression des circonstances. Elle est également le fruit d'une mutation des *représentations* qui entourent l'Exécutif sur la période considérée. Ces évolutions idéelles sont indétachables des évolutions institutionnelles ; elles les expliquent, les accompagnent, voire les influencent. Il appartient à l'étude de l'histoire constitutionnelle de les mettre en lumière, et de les conjuguer entre elles[342]. Ce travail est donc également une contribution à l'histoire des idées. L'analyse des productions doctrinales – celles de cet ensemble *« de spécialistes qui interprètent le droit mais ne le modifient pas »*[343] – est une dimension essentielle de l'objet d'étude. Trois raisons le justifient :

- d'abord, la doctrine (notamment la doctrine universitaire) décrit et conceptualise la *lex lata*, c'est-à-dire le droit tel qu'il est. L'analyse du discours doctrinal permet ainsi d'accéder à la connaissance d'un droit qui n'est plus en vigueur, sans anachronisme et de manière non rétrospective. Elle permet la mise en contexte des productions prescriptives et témoigne des représentations dont elles font l'objet à une époque donnée.

---

[342] v., en ce sens, VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *art. cit.,* p.58 et s. ; BARANGER, D., *art. cit.,* p.126 et s. ; et p.133 et s.

[343] BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux guerres,* Clermont-Ferrand : Fondation Varenne ; diff. LGDJ, 2009, 612 pages, spéc. p.9

- ensuite, la doctrine (autant universitaire, que praticienne ou « technicienne »[344]) propose la *lex ferenda,* c'est-à-dire le droit tel qu'il devrait être. Cette dimension est essentielle dans un contexte de « crise des institutions » traversé par un courant réformiste, voire révisionniste, inauguré dans l'entre-deux-guerres et perdurant jusqu'en 1958. Sur cette période, l'étude des projets et des idées de réforme de l'Etat compte autant que celle de l'évolution réelle des pratiques.

- enfin, la doctrine influence la modification du droit, c'est-à-dire contribue au passage de la *lex ferenda* (le droit tel qu'il devrait être) à la *lex lata* (le droit tel qu'il est). Cette influence est toujours difficile à mesurer ; elle est néanmoins certaine. En témoignent les références omniprésentes à Adhémar Esmein, et plus modestement à Léon Duguit, dans les débats parlementaires des IIIe et IVe Républiques[345]. Surtout, la doctrine universitaire exerce une influence non négligeable sur l'activité du Conseil d'Etat. Les références aux travaux des professeurs de droit public (particulièrement Adhémar Esmein, Henry Berthélemy, Maurice Hauriou ou Léon Duguit) sont extrêmement fréquentes sous la plume des commissaires du gouvernement, à l'occasion de leurs conclusions sur les affaires contentieuses[346]. En outre, la doctrine universitaire est lue et commentée par ceux des membres du Conseil d'Etat qui – dans les sections administratives – sont chargés d'élaborer les rapports sur les projets d'avis. En résumé, le discours doctrinal n'est pas cantonné à la sphère de l'idéel, mais influence le réel juridique. Il est une dimension à part entière du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire. Il mérite donc d'être étudié avec attention.

2) Présentation des sources primaires

100. L'identification des acteurs de l'émancipation du pouvoir réglementaire permet d'identifier les sources, porteuses des traces de leurs discours, produites entre 1914 et 1958. On les qualifie de « sources primaires ». Sont ici présentées les principales utilisées pour la réalisation de cette étude. Parmi elles, il faut distinguer les sources imprimées (a) des sources d'archives (b). L'extrême abondance de ces sources sur la période considérée suppose de justifier simultanément la façon dont elles ont été sélectionnées.

---

[344] Notamment, les productions doctrinales émanées du Conseil d'Etat et de ses membres (v. sur cette expression, FARGEAUD, B., *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République : naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes,* Thèse de doctorat : droit public : Université de Paris 2, 2018, 712 pages, spéc. p.613 et s.)

[345] Une recherche « plein texte » dans les bases de données numériques permet de le vérifier avec certitude.

[346] Là encore, l'outil numérique (la recherche « plein texte ») dans le *Recueil Lebon,* et la réédition chez LGDJ des *Grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, sous la direction d'Hervé de Gaudemar et David Mongoin, permet de le vérifier avec certitude.

a) Les sources imprimées

101. Les sources imprimées exploitées dans ce travail peuvent être regroupées en deux grandes catégories : celles du « discours du droit » (les sources officielles et publiques) et celles du « discours sur le droit » (les écrits scientifiques).

102. Les sources officielles. Les textes constitutionnels, législatifs et réglementaires constituent le point départ de l'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Sur la période 1914-1958, ils sont principalement publiés au *Journal officiel de la République française*[347] (J.O.R.F.). L'examen des textes adoptés, par le Gouvernement de Vichy ou la France Libre, entre 1940 et 1944 suppose également de se référer au *Journal officiel de l'Etat français*[348], ainsi qu'au *Journal officiel de la France Libre*[349], au *Journal officiel de la France combattante*[350], ou au *Journal officiel de la République française*[351] d'Alger. Ces documents sont désormais majoritairement accessibles en accès numérique sur *Gallica* ou sur *Légifrance.* Les rares textes constitutionnels, législatifs et réglementaires antérieurs à 1870, utilisés dans ce travail, sont issus du *Recueil Duvergier*[352], auquel on se référera. Une analyse systématique du *Journal officiel* est évidemment impossible sur l'intégralité de la période considérée. Les textes ici étudiés sont sélectionnés selon l'intérêt qu'ils représentent pour l'objet d'étude : les textes formellement ou matériellement constitutionnels, relatifs à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, ainsi que les lois d'habilitation (de « pleins pouvoirs », de « pouvoirs spéciaux » etc.) et de ratification sont systématiquement analysés. Les décrets règlementaires ne font l'objet d'un examen exhaustif que ponctuellement, et par période donnée : les « règlements de nécessité » publiés entre août et décembre 1914 sont systématiquement analysés, ainsi que les décrets-lois (généralement regroupés en « trains » et publiés au *Journal officiel* en un seul bloc) et ordonnances de 1958-1959. D'autres textes règlementaires sont intégrés à l'étude selon les controverses doctrinales, contentieuses ou administratives qu'ils soulèvent. La lecture des écrits scientifiques, des recueils de jurisprudence et des archives du Conseil d'Etat permet de les identifier. Enfin la recherche

---

[347] Qui paraît, à Paris ou à Bordeaux, en version papier du 5 septembre 1870 au 31 décembre 2015

[348] Paru à Vichy, du 4 janvier 1941 au 25 août 1944

[349] Paru à Londres du 20 janvier 1941 au 14 juillet 1942, v. CARTIER, E., *op. cit.,* p.31

[350] Paru à Londres du 26 août 1942 au 16 septembre 1943, v. CARTIER, E., *op. cit.,* p.31

[351] Paru à Alger du 10 juin 1943 au 31 août 1944, v. CARTIER, E., *op. cit.,* p.31

[352] DUVERGIER, J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat de 1788 à 1924, continuée depuis 1824,* Paris : A. Guyot et Scribe, 32 vol. ; DUVERGIER, J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat,* Paris : A. Guyot et Scribe, 1824-1949, 158 vol.

« plein texte » dans les versions – désormais intégralement numérisées – du *Journal officiel* permet d'isoler avec finesse les textes d'intérêt notoire, identifiés par mots-clefs.

103. Ces textes seront éclairés par l'étude des débats parlementaires, dont les comptes-rendus intégraux sont publiés au *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires* (J.O.D.P.) de la Chambre des députés, du Sénat, de l'Assemblée nationale ou du Conseil de la République. On se référera également aux comptes-rendus intégraux des débats de l'Assemblée consultative provisoire, réunie à Alger et Paris entre 1943 et 1945. L'étude de l'élaboration de la Constitution de 1946 conduira à exploiter les comptes-rendus analytiques (CRA) des séances des deux Commissions de la Constitution des Assemblées nationales constituantes de 1945-1946. Ces comptes-rendus analytiques sont publiés dès avril et octobre 1946[353]. Les projets et propositions de loi, et rapports parlementaires, déposés sur le bureau des assemblées parlementaires, sont quant à eux publiés dans les *Documents parlementaires. Annexes aux procès-verbaux des séances,* de la Chambre des députés, du Sénat, de l'Assemblée nationale ou du Conseil de la République. Là encore l'analyse systématique est impossible. Seuls les débats parlementaires en matière constituante (originaire ou dérivée) retiendront l'attention, ainsi qui ceux qui entourent l'adoption (ou le rejet) des lois d'habilitation (dites de « pleins-pouvoirs » ou « pouvoirs spéciaux »).

104. La jurisprudence contentieuse du Conseil d'Etat, étudiée dans ce travail, est principalement issue du *Recueil Lebon*[354], le cas échéant des *Recueil Sirey* et *Recueil Dalloz*, et de la *Revue du droit public.* Les notes d'arrêts, et conclusions publiées des commissaires du gouvernement, émanent des mêmes documents. Quant aux avis du Conseil d'Etat, leur publication est laissée à la discrétion du Gouvernement. Il est donc rare qu'ils figurent dans des sources imprimées. Leur étude nécessite de se tourner vers les sources d'archives (*cf. infra,* n°107). Néanmoins, certains supports non officiels – comme la *Revue du droit public,* ou les *Etudes et Documents du Conseil d'Etat* – ont ponctuellement servi de relai à leur publication.

105. Les écrits scientifiques. Parce que l'analyse des discours doctrinaux est une dimension essentielle à l'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire (*cf. supra,* n°99), les écrits scientifiques produits entre 1914 et 1958 doivent être considérés comme des sources primaires. L'abondance de ces écrits rend impossible un traitement exhaustif. Seuls ont été lus

---

[353] v. les références mentionnées en bibliographie générale.

[354] *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat,* Paris : Delhomme, 2e série, t.18 (1848) - t.116 (1946) ; 1947-1954 ; *Recueil des décisions du Conseil d'Etat,* Paris : Sirey (1955-1998) ; Paris : Dalloz (1998-), 1955-

et étudiés les ouvrages et articles mentionnés dans la bibliographie générale, à laquelle on se rapporte. Leur sélection est fonction de leur intérêt pour l'objet d'étude.

b) Les sources d'archives

106. A la différence des sources imprimées, les archives ne sont pas immédiatement destinées à la connaissance du public. Avant tout, elles sont des documents utiles à celui qui les produit ou à ses successeurs[355]. Avec le temps, elles deviennent des traces situées de l'activité humaine, indispensables à la connaissance scientifique du passé. Elles témoignent notamment de l'activité de l'Etat, et des hommes à son service, entre 1914 et 1958. Leur examen est donc essentiel à l'étude de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Les fonds d'archives publiques (i) ou privées (ii) exploités dans cette étude méritent d'être présentés, leur sélection et leur traitement, justifiés.

i) Fonds d'archives publiques

107. Les archives des sections administratives du Conseil d'Etat. Parce qu'elles sont étroitement associées à l'élaboration de la législation secondaire et primaire dans l'Etat, (*cf. supra,* n°98), les sections administratives du Conseil d'Etat sont des acteurs centraux de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Leurs archives constituent des matériaux extrêmement précieux – et absolument inédits – pour la connaissance de cet objet d'étude. Aux termes de l'article L.213-2 du code du patrimoine, ces archives sont communicables de plein droit à l'expiration d'un délai de 25 ans. On peut donc les exploiter sans difficulté sur la période considérée (1914-1958). Ces documents sont conservés principalement aux Archives nationales, sur le site de Pierrefitte-sur-Seine, et accessoirement au Conseil d'Etat, sur le site de la rue Richelieu. Leur consultation ne pose aucune difficulté[356]. Les cotes de ces différents fonds sont précisément mentionnées en bibliographie générale, à laquelle on renvoie.

108. On peut ainsi analyser, dans le cadre de ce travail, l'essentiel de l'activité administrative du Conseil d'Etat, notamment les avis rendus sur les projets de textes

[355] HILDESHEIMER, F., « L'historien face à ses sources », *Revue des deux mondes,* septembre 1995, p.80-88, spéc. p.80

[356] En l'absence d'inventaire, l'identification des sources demeure néanmoins extrêmement fastidieuse. Sur les aspects méthodologiques, on se permet de renvoyer à notre témoignage (v., QUINART, E., « La recherche dans les fonds des sections administratives du Conseil d'Etat au XXe siècle : retour d'expérience et perspectives du Guide », *in : Présentation du Guide de recherche dans les archives du Conseil d'Etat*, 26 mars 2019, demi-journée co-organisée par le Conseil d'Etat et les Archives nationales, table ronde n°2 [En ligne : https://labarchiv.hypotheses.org/1031])

(réglementaires, législatifs et constitutionnels)[357], ainsi que les avis rendus sur les questions de droit, posées par le Gouvernement sur « les difficultés qui s'élèvent en matière administrative ». Ces derniers ont récemment fait l'objet d'une numérisation partielle, par le Conseil d'Etat, sur le site *ConsiliaWeb*[358]. Les dossiers des affaires administratives contiennent également les documents relatifs à l'élaboration de ces avis, principalement les notes du rapporteur (voire le rapport lui-même), ainsi que les échanges par courrier avec le Gouvernement. Ils fournissent de précieuses informations sur les motivations des projets de textes, et sur les justifications des solutions proposées par le Conseil d'Etat. Bien évidemment, les comptes-rendus intégraux des séances en Assemblée générale, ou en Commission permanente, sur les projets d'avis soumis à leur examen, sont d'une extrême richesse pour éclairer cette activité administrative du Conseil d'Etat, et plus généralement pour contextualiser les textes et réformes.

109. Ces fonds d'archives sont extrêmement vastes et obligent à une sélection. Néanmoins, en l'absence d'inventaire, seul un dépouillement systématique en rend possible l'exploitation. Il a été opéré sur la période 1914-1918, et sur la période ouverte à partir du 31 juillet 1945 (date à laquelle le Conseil d'Etat retrouve l'essentiel de ses attributions administratives d'antan) et jusqu'au 4 février 1959. Ont été systématiquement étudiés les avis rendus sur les projets de loi ordinaire et constitutionnelle, et ceux rendus sur les projets de décrets réglementaires (ou ordonnances) ayant fait l'objet d'une note jointe à l'avis – c'est-à-dire témoignant d'une difficulté particulière, soulignée par le Conseil d'Etat. Les avis rendus sur les questions de droit ont été sélectionnés par mots-clefs à partir de la base *ConsiliaWeb.* Seuls ont été lus et analysés les comptes-rendus intégraux des séances en Assemblée générale et Commission permanente des avis ainsi sélectionnés, et présentant un intérêt particulier pour l'objet d'étude. Quant à la période 1918-1945 (au cours de laquelle, le Conseil demeure marginalement associé à l'exercice des fonctions primaires de législation), seules des analyses ponctuelles ont été opérées. Ainsi en est-il, par exemple, des avis rendus sur les projets de décrets-lois du ministère Poincaré d'avril-mai 1924.

110. Les archives constitutionnelles de la Ve République. Grâce à l'activité du Comité national chargé de la publication des travaux préparatoires des institutions de la Ve République et de la Commission des archives constitutionnelles de la Ve République, on dispose aujourd'hui de 9 volumes d'archives retranscrites (les *Documents pour servir à*

[357] Ces « avis » prennent généralement la forme d'un contre-projet de texte, proposé par le Conseil d'Etat au Gouvernement, parfois assorti d'une note.

[358] https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/consiliaweb Seuls sont numérisés les avis sur les questions de droit rendus entre 1914 et 1918, et à partir de 1947.

l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958 (*DPS*) et les *Archives constitutionnelles de la Ve République*) essentielles à l'étude du processus constituant de 1958-1959 et des premiers mois d'application de l'actuelle Constitution. Les index et tables des matières de ces ouvrages permettent d'opérer, sans difficulté, une analyse systématique des documents qui présentent un intérêt dans le cadre de ce travail doctoral.

ii) Fonds d'archives privées

111. Les archives de René Cassin. Né en 1887, décédé en 1976, René Cassin est agrégé des facultés de droit et vice-président du Conseil d'Etat, de novembre 1944 à juillet 1960. A cette date, il est nommé au Conseil constitutionnel. Dès juin 1940, il rejoint le général de Gaulle à Londres, et devient l'un des principaux artisans de la doctrine constitutionnelle de la France Libre. A partir d'août 1943, il préside le Comité juridique et participe à l'élaboration des principales ordonnances de rétablissement de la légalité républicaine[359]. Ces fonctions, exercées sans discontinuité au sommet de l'Etat entre 1940 et 1971, érigent René Cassin en grand témoin, et acteur privilégié, du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire. L'étude de ses archives privées offre de précieuses informations de mise en contexte de l'activité du Conseil d'Etat sur la période considérée, et plus généralement permet d'éclairer les enjeux des grandes problématiques constitutionnelles et administratives de l'époque. L'inventaire détaillé des archives Cassin permet d'entreprendre un examen systématique des fonds et documents qui présentent un intérêt particulier pour ce travail doctoral. Ont ainsi été exploités les fonds relatifs aux fonctionnements et travaux du Conseil d'Etat (particulièrement à ses travaux constitutionnels) sur la période 1944-1960, ainsi que les fonds relatifs aux travaux du Gouvernement provisoire de Paris (1944-1945). Les références de ces fonds sont mentionnées dans la bibliographie générale, à laquelle on renvoie.

112. Les archives du Rassemblement du Peuple Français (RPF). Dans les années 1950, la persistance de la crise des institutions conduit les partis politiques à élaborer une réflexion constitutionnelle réformiste. La question de la participation de l'Exécutif aux fonctions primaires de législation y occupe une place assez centrale (on le démontrera). Ces considérations conduisent à ce que l'on exploite les archives du parti gaulliste (le RPF), dont la 7e commission (chargée des questions constitutionnelles et de la réforme de l'Etat) se penche dès 1947 sur la révision de la Constitution du 27 octobre 1946. Ses travaux sont présentés annuellement à l'occasion du Conseil national du parti. Ces fonds sont conservés à

[359] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.32, et note 140

Sciences Po. L'inventaire permet d'identifier précisément les documents qui présentent un intérêt pour ce travail doctoral.

113. Les archives d'André Chandernagor. Des considérations semblables conduisent à exploiter les archives d'André Chandernagor, conseiller technique pour les questions institutionnelles au sein du cabinet de Guy Mollet en 1956-1957, et 1958. Ces documents témoignent des réflexions constitutionnelles élaborées, par la SFIO, dans les dernières années de la IVe République. Ils sont conversés à l'Office universitaire de recherche socialiste (OURS), à la cité Malesherbes à Paris. Seuls ont été dépouillés les fonds relatifs aux travaux constitutionnels sur la période 1956-1958, facilement identifiables grâce aux inventaires.

§5. Problématique, thèse et plan de l'étude

114. On qualifie « d'émancipation du pouvoir réglementaire » le processus d'acquisition, par l'Exécutif, de fonctions primaires de législation dans la République parlementaire. On entend démontrer que ce processus se réalise, en France, entre 1914 et 1958. Loin d'innover, la Constitution de la Ve République réceptionne et formalise cet héritage. Cette démonstration – constitutive d'une thèse – mérite d'être étayée par un plan en deux parties (2), lequel répond à la problématique générale de l'étude (1).

1) Problématique de l'étude

115. Formulation de la problématique. Les données du problème ont été précédemment exposées (*cf. supra,* n°35 s.) Reste à formuler la problématique. L'émancipation du pouvoir réglementaire est un processus conflictuel : elle est le produit d'une rencontre entre la conjoncture critique du XXe siècle et les structures de l'idée républicaine. La première traduit la nécessité de renforcer les fonctions de l'Exécutif, les secondes entretiennent l'idéal de la primauté du Parlement dans les institutions. Cette tension positionne le problème de l'émancipation du pouvoir réglementaire entre 1914 et 1958 : comment le constitutionnalisme républicain, bâti dans l'exaltation du légicentrisme de 1789 et dans la hantise du pouvoir personnel, s'accommode-t-il de l'acquisition, par l'Exécutif, de fonctions primaires de législation ? Autrement dit, comment le droit constitutionnel de la République parlementaire consacre-t-il progressivement l'existence d'un pouvoir réglementaire non réductible à l'exécution des lois ?

116. Cette problématique invite à évaluer, non seulement les changements ou ruptures, qui affectent l'exercice des fonctions de législation dans l'Etat entre 1914 et 1958, mais également les résistances, qui les tempèrent. Ces dernières sont facteurs de permanence dans la production et les représentations du droit constitutionnel. Elles expliquent la lente temporalité du cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire, et en relativisent le caractère purement progressif et linéaire. En définitive, ce sont les innovations supposées de la Constitution du 4 octobre 1958 que la problématique invite à réinterroger. Elle doit permettre de répondre aux trois questions soulevées dans les premières lignes de cette introduction : comment en est-on arrivé au système de la coordination des domaines de la loi et du règlement (articles 34, 37, 38 et 41) ? ; s'agit-il d'une « rupture » dans l'histoire constitutionnelle française ? pourquoi a-t-il été majoritairement perçu comme telle par les acteurs de l'époque ?

2) Thèse et plan de l'étude

117. Thèse défendue. On défend la thèse que le pouvoir réglementaire s'est émancipé de la loi entre 1914 et 1958. Sur cette période, l'Exécutif acquiert des fonctions primaires de législation, non réductibles à l'exécution des lois. Ce processus se réalise en marge des textes constitutionnels, à la faveur des crises et sous la pression des nécessités pratiques. Loin d'innover, la Constitution de la Ve République réceptionne et formalise cet héritage. Elle représente ici davantage un point d'arrivée qu'un point de départ ; et s'apparente moins à une rupture qu'à une synthèse[360]. L'émancipation du pouvoir réglementaire est donc un acquis du droit constitutionnel des IIIe et IVe Républiques. On peut alors affirmer que l'essentiel des chapitres d'un cours de « droit constitutionnel normatif »[361] de la Ve République – au sens où Louis Favoreu l'entendait – est écrit avant 1958.

118. Présentation du plan. L'émancipation du pouvoir réglementaire correspond au processus par lequel l'Exécutif acquiert des fonctions primaires de législation dans la République parlementaire. Le caractère primaire, secondaire ou tertiaire etc. d'une fonction se caractérisant par son degré d'initialité – donc de discrétionnalité – dans la modification de l'ordonnancement juridique (*cf. supra,* n°56 s.) L'enracinement de la République parlementaire, entre 1879 et 1914, supposait de cantonner l'Exécutif à l'exercice exclusif de

[360] v. en ce sens, MORABITO, M., *op. cit.,* p.431 et s.
[361] FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *art. cit.*, p.75

fonctions secondaires de législation. Les crises du XXe siècle, entre 1914 et 1958, imposent de lui reconnaître des fonctions primaires de législation. Ce passage des fonctions secondaires aux fonctions primaires de législation gouvernementale résulte d'une double mutation, constitutive des deux parties de cette étude : progressivement, sur la période considérée, « l'exécution des lois » ne justifie plus l'existence **(partie 1)** et ne définit plus l'étendue **(partie 2)** du pouvoir réglementaire.

119. Dans une première partie, on montrera que le processus d'émancipation est le résultat d'une mutation dans les fondements du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire dans les justifications juridiques de son existence. Les crises du XXe siècle révèlent la nécessité d'un pouvoir d'action. Elles sont à l'origine d'un bouleversement des pratiques législatives, irrésistiblement favorable à l'Exécutif. Dans ces circonstances, s'affirme l'autonomie de l'existence du pouvoir réglementaire ; il devient l'instrument de la sauvegarde de la communauté politique, et n'est plus réductible à une fonction d'exécution des lois. Force est de constater qu'entre 1914 et 1958, la loi parlementaire n'est plus nécessairement la condition de l'exercice du pouvoir réglementaire ; elle n'en constitue ni le fondement immédiat, ni le fondement médiat. Dès cette époque, et dans le silence des textes constitutionnels de 1875 et 1946, le pouvoir réglementaire acquiert un fondement autonome, c'est-à-dire une justification juridique propre et exclusive. La démonstration de l'affirmation de cette autonomie est l'objet de la première partie.

120. Dans une seconde partie, on montrera que le processus d'émancipation du pouvoir réglementaire est le résultat d'une extension du champ des fonctions de législation gouvernementale. Entre 1914 et 1958, leur discrétionnalité s'affermit. L'Exécutif acquiert de propres facultés de choix dans la modification – même initiale – de l'ordonnancement juridique. Ces mutations procèdent d'une réarticulation des rapports entre la loi et le règlement. Sur le plan hiérarchique, le principe d'habilitation facilite ponctuellement la substitution de la législation gouvernementale à la législation parlementaire, tandis que le principe de complémentarité permet d'associer la première à l'œuvre de la seconde. Parallèlement, les rapports entre la loi et le règlement se recomposent sur la base de considérations matérielles (la coordination des domaines), ouvrant à l'Exécutif un secteur permanent de réglementation. Ces modalités de mise en relation des fonctions primaires de législation dans l'Etat au XXe siècle amènent à relativiser le principe de la subordination du

règlement à la loi. La démonstration de l'affermissement de cette discrétionnalité propre du pouvoir réglementaire est l'objet de la seconde partie.

Première partie

L'affirmation d'un fondement autonome

Seconde partie

L'affermissement d'un champ propre

Première partie :

L'AFFIRMATION D'UN FONDEMENT AUTONOME

121. L'affirmation progressive de l'autonomie du fondement du pouvoir réglementaire est à l'origine de son émancipation. La question invite à s'intéresser aux *sources* du pouvoir reconnu à l'Exécutif d'exercer ses fonctions de législation. Au sens commun, le « fondement » est *« ce qui donne à quelque chose son existence ; ce qui en est à l'origine. »* [1] Il confère à un phénomène, non seulement un « appui », mais une « justification ». La science juridique retient une définition comparable. Le fondement des prescriptions juridiques s'apparente aux sources du droit[2]. Il est la force qui *« le nourrit et le produit »*[3], c'est-à-dire le justifie matériellement et formellement. Ainsi, s'interroger sur le fondement du pouvoir réglementaire revient à s'interroger sur la justification juridique de son existence.

122. Cette question est résolue par la Constitution du 4 octobre 1958, qui habilite expressément l'Exécutif à exercer le pouvoir réglementaire (articles 13, 16 et 21) et en détermine le champ (articles 21, 34, 37, 38, 41 et 92). Il n'en a pas toujours été ainsi. Les lois constitutionnelles de 1875 et la Constitution du 27 octobre 1946 sont absolument silencieuses sur les fondements de ce pouvoir. La question revêt pourtant un intérêt capital, car elle conditionne la régularité – voire la légitimité – des activités de législation gouvernementale sous les IIIe et IVe Républiques, indispensables à la détermination de leur régime. Dans le silence des textes, cette œuvre échoit au Conseil d'Etat et à la doctrine. A la fin du XIXe siècle, l'enracinement de la République parlementaire dans l'exaltation des principes de 1789 (*cf. supra,* n°37 s.) les conduit à subsumer toutes les manifestations de l'*imperium* de l'Exécutif – son droit de commander – sous la fonction d'exécution des lois (article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875)[4]. Paradoxalement, cette entreprise pose les jalons de l'autonomie de l'existence du pouvoir réglementaire. Jusqu'alors, en effet, il était admis que le pouvoir réglementaire tirait, au moins partiellement, son fondement de « délégations », successivement consenties à l'Exécutif par le Parlement. Cette thèse – qui revenait à faire du Président de la République le mandataire ponctuel des Chambres – aboutissait à considérer

---

[1] « Fondement », *Trésor de la langue française,* Centre national des ressources textuelles, CNRS, Altif - l'Université de Lorraine [En ligne : https://cnrtl.fr/definition/fondement]

[2] DEUMIER, P., REVET, T., « Sources du droit. (Problématique générale), *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.1430-1434, spéc. p.1430-1431 et les références citées.

[3] *ibid.,* p.1431

[4] v. CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.535, note 8

ses actes comme ayant été faits par le Parlement lui-même. Elle assimilait les RAP à de véritables lois parlementaires, entraînant leur équivalence hiérarchique (*cf. supra,* n°52 et *infra,* n°627 s.). A la fin du XIXe siècle, la subordination du règlement à la loi imposait de débarrasser les fonctions réglementaires du Président de la République de leur origine parlementaire. Seule cette opération permettait d'asseoir la spécialisation fonctionnelle des organes, et d'assurer leur hiérarchisation. Ainsi s'affirme paradoxalement – en pleine période d'exaltation du légicentrisme révolutionnaire – l'autonomie constitutionnelle du pouvoir réglementaire ; dès 1894, il est admis qu'un règlement trouve sa source *« non dans la loi qui contient le renvoi, mais dans une disposition constitutionnelle »*[5] (A. Esmein). L'affirmation du fondement constitutionnel du pouvoir réglementaire est donc un acquis de l'enracinement de la République parlementaire.

123. *Immédiatement* constitutionnel, le fondement du pouvoir réglementaire demeure pourtant – dans cet idéal – *médiatement* législatif. Subsumé sous la fonction d'exécution des lois, le pouvoir réglementaire reste une *« puissance conditionnée »*[6] par la loi parlementaire. Il en résulte qu'au début du XXe siècle, la justification juridique – la raison d'être – du pouvoir réglementaire demeure idéalement la loi. Ce paradigme se renverse progressivement entre 1914 et 1958. Sous la pression des crises, le pouvoir réglementaire acquiert un fondement – c'est-à-dire une justification – autonome de l'exécution des lois. Les graves crises que traverse la République parlementaire sur cette période révèlent l'insuffisance des textes constitutionnels à fonder les manifestations nouvelles et spontanées du pouvoir réglementaire, apparues pour les résorber **(Titre 1er)**. Ces pratiques nouvelles témoignent des mutations des sources matérielles du pouvoir réglementaire (son utilité sociale et institutionnelle), et sont à l'origine d'une recomposition de ses sources formelles (l'habilitation à l'exercer) **(Titre 2)**.

Titre 1 : **La révélation d'une lacune constitutionnelle**

Titre 2 : **Les justifications nouvelles du pouvoir réglementaire**

---

[5] ESMEIN, A., « De la délégation du pouvoir législatif », *art. cit.,* p.212 ; v. encore, BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 7e éd., Paris : A. Rousseau, 1913, 1032 pages, spéc. p.98 ; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.637

[6] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.527

Titre 1 :
La révélation d'une lacune constitutionnelle

> « Le pouvoir réglementaire du Président de la République n'a, dans les textes constitutionnels actuellement en vigueur, qu'une base incertaine, disons franchement insuffisante. »[1]
> Félix Moreau

124. Bâties dans l'exaltation des « principes de 1789 »[2], les lois constitutionnelles de 1875 et la Constitution de 1946 ignorent l'existence du pouvoir réglementaire. Aucune disposition de ces textes n'habilite expressément l'Exécutif à l'exercer et, pour la première fois depuis l'an VIII, les termes « règlement »[3], « règlement d'administration publique » et « réglementaire » disparaissent des énoncés constitutionnels. Loin d'être un problème, ce silence des textes est mis au service de l'enracinement de la République parlementaire par la loi. A la fin du XIXe siècle, toutes les fonctions de législation gouvernementale sont subsumées sous la fonction d'exécution des lois (article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ; reproduit par l'article 47 de la Constitution de 1946). Cette entreprise doctrinale et jurisprudentielle permet d'asseoir la primauté du Parlement dans les institutions.

125. Au XXe siècle, ce silence gardé des lois constitutionnelles de 1875 sur l'existence du pouvoir réglementaire devient progressivement un problème. Avec la Première guerre mondiale, et les crises de l'entre-deux-guerres, se déploient effectivement des nouvelles formes de législation gouvernementale (*praeter,* voire *contra legem*) qu'il devient difficile de subsumer sous la fonction d'exécution des lois **(Chapitre 1er)**. Silencieux sur ces pratiques, les textes constitutionnels de 1875 échouent à en déterminer le statut déontique (les autorisent-ils ? dans quelles limites ?)[4]. Cette lacune constitutionnelle – caractérisée par *« l'inexistence jugée néfaste d'une disposition normative »*[5] qui déterminerait l'étendue des fonctions de législation gouvernementale – n'est pas comblée par la Constitution du 27 octobre 1946. Car, après la dictature de Vichy, rebâtir la République parlementaire suppose de renouer avec la mythologie de 1789, et la conception rousseauiste de loi **(Chapitre 2).**

---

[1] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* 1902, p.127

[2] v., DE THY, L., *L'écriture des lois constitutionnelles de 1875 : la fondation de l'ordre constitutionnel de la IIIe République,* Thèse de doctorat : Université de Bourgogne, 2017, 411 pages, spéc. p.125 et s., et p.187 et s. ; et BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République,* Paris : Dalloz, 2002, 768 pages, spéc. p.247 et s.

[3] Sauf en ce qui concerne le « règlement » intérieur des assemblées parlementaires.

[4] Il s'agit de la situation caractéristique d'une *« lacune normative »*, identifiée par Julien Jeanneney. (*Les lacunes constitutionnelles,* Paris : Dalloz, 2016, 782 pages, spéc. p.46, et p.118. (*Cf. infra,* n°364 s.)

[5] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.1

Chapitre 1 :
Un décalage persistant entre les textes et la pratique

« S'il est un fait évident, c'est que les pratiques de gouvernement devancent les lois et les constitutions »[1].
Maurice Hauriou

126. La naissance du pouvoir réglementaire, au cours de la décennie révolutionnaire, est le résultat d'un important décalage entre les principes – que consacrent les textes constitutionnels – et la pratique[2]. Les premiers entendent dénier à l'Exécutif l'exercice de toute activité de législation. La seconde témoigne, au contraire, de l'émergence d'une véritable fonction réglementaire, en marge des textes et contre les principes. L'émancipation du pouvoir réglementaire procède d'un phénomène comparable. A la fin du XIXe siècle, la République parlementaire s'enracine dans la mythification des principes de 1789. Le pouvoir réglementaire n'est admis qu'à condition d'être subsumé sous la fonction d'exécution des lois[3]. (*cf. supra,* n°50 s.). Au XXe siècle, cet idéal vole en éclat. La Première guerre mondiale, et les crises de l'entre-deux-guerres, révèlent la nécessité d'un « pouvoir d'action » qui justifie que l'Exécutif s'empare de fonctions primaires de législation, aux lieu et place du Parlement. Les « règlements de nécessité » et les « décrets-lois » deviennent les instruments de ce pouvoir réglementaire, *praeter* et *contra legem*. Ce bouleversement des pratiques s'opère – sous la pression des faits – en marge des textes constitutionnels, et en dehors de toute théorisation préalable. En la matière, les crises que traverse la République parlementaire entre 1914 et 1958 produisent l'effet d'un « catalyseur »[4] (section 1). Les nouvelles pratiques gouvernementales rompent avec les principes de l'idée républicaine. Elles révèlent l'inadaptation des textes de 1875 à les justifier et à les encadrer, et sont à l'origine d'un important mouvement intellectuel de réforme de l'Etat (section 2).

---

[1] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.182

[2] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.18, p.26, p.215, p.278, p.285, p.404, p.408, p.413

[3] *« La naissance du pouvoir réglementaire,* relève Olivier Steck, *procédait d'un décalage entre les textes et la pratiques, la renaissance du pouvoir réglementaire résulte, en revanche, de leur rapprochement. »* (STECK, O., *op. cit.,* p.6)

[4] MONTAY, B., *op. cit.,* p.28, et p.563

SECTION 1 :
LE BOULEVERSEMENT DES PRATIQUES : L'EFFET CATALYSEUR DES CRISES

> « Le salut du pays exige une rapidité de conception, de décision et d'exécution qui ne peut s'accommoder ni des méthodes du contrôle parlementaire du temps de paix, ni des discussions interminables, des temporisations, des conciliations, des transactions habituelles, ni du maintien du *statu quo*. »[5]
>
> Gaston Jèze

127. L'émancipation du pouvoir réglementaire est le produit des faits. Au XXe siècle, partout en Europe, le bouleversement des circonstances (l'épreuve des guerres totales et des crises économiques et sociales) se traduit par un bouleversement des pratiques gouvernementales, irrésistiblement favorable au renforcement des pouvoirs de l'Exécutif[6]. Sous la pression des faits, l'on assiste à *« l'initiative envahissante »* [7] du pouvoir réglementaire ; le règlement *se substitue* à la loi parlementaire, en la suppléant, la suspendant ou l'abrogeant. En France, l'épreuve de la Première guerre mondiale, entre 1914 et 1918, (§1) et les crises monétaires, financières, économiques et sociales de l'entre-deux-guerres (§2) témoignent de ces profonds bouleversements des pratiques gouvernementales.

§1. L'épreuve de la Première guerre mondiale

128. L'assassinat de l'archiduc François-Ferdinand, héritier de la couronne d'Autriche, le 28 juin 1914, entraîne l'Europe dans un engrenage irréversible vers la guerre. Le 28 juillet 1914, l'Autriche déclare la guerre à la Serbie. La perspective d'une solution diplomatique, encore espérée par la France, s'amenuise de jour en jour ; et la République parlementaire se prépare à la guerre. Le 1er août 1914, Raymond Poincaré décrète la mobilisation générale[8]. Le

---

[5] JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)* Paris : Giard et Brière, 1917, 180 pages, spéc. p.4. Ces propos rappellent ceux de Maurice Hauriou (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2015, Reproduction en fac-similé de la 2e édition de Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 759 pages, spéc. p.385)

[6] GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938, 184 pages

[7] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.134-162, spéc. p.154

[8] Décret du 1er août 1914 prescrivant la mobilisation des armées de terre et de mer (J.O.R.F. du 2 août 1914, p.7054). Il s'agit d'une mesure de précaution, censée préparer le pays à l'état de guerre. Le décret est accompagné d'une « Proclamation du Gouvernement à la Nation française » : *« Depuis quelques jours, l'état de l'Europe s'est considérablement aggravé, en dépit des efforts de la diplomatie. L'horizon s'est assombri. A l'heure présente, la plupart des nations ont mobilisé leurs forces. Même des pays protégés par la neutralité ont cru devoir prendre cette mesure, à titre de précaution. (...) La mobilisation n'est pas la guerre. (...) »* (J.O.R.F. du 2 août, p.7054)

2 août, l'état de siège est déclaré sur l'ensemble du territoire métropolitain et d'Algérie[9]. Le 3 août, l'Allemagne déclare la guerre à la France. Appelées à « l'Union sacrée »[10] par Raymond Poincaré, les chambres – réunies en session extraordinaire le 4 août 1914[11] – adoptent à *l'unanimité* et *sans débat*, dix-huit projets de loi relatifs à la situation de guerre[12], avant d'ajourner leurs travaux *sine die*[13]. Elles ne se réuniront plus avant le 22 décembre 1914. Cet épisode inaugure cinq mois de *« gouvernement absolu »*[14] (L. Duguit). Les chambres, conscientes de l'exceptionnalité des circonstances, convaincues que la guerre sera courte et victorieuse, et galvanisées par « l'Union sacrée », acceptent de s'effacer et s'en remettent à l'Exécutif pour la conduite de la guerre. S'ouvre une période de *« relâchement des scrupules constitutionnels »*[15] (J. Barthélemy) correspondant au « règne » de l'illégalité nécessaire à la sauvegarde de la Nation (A). Mais la guerre s'inscrit dans la durée. Les cinq mois de « gouvernement absolu » s'apparentent bientôt à *« cinq mois de dictature »*[16] et révèlent le besoin de s'orienter vers une législation d'exception (B).

---

[9] Décret du 2 août 1914 portant déclaration de mise en état de siège de l'ensemble du territoire (J.O.R.F. du 3 août, p.7083)

[10] Dans un message adressé aux chambres par le Président de la République, lu par le président du Conseil René Viviani à la tribune : *« Dans la guerre qui s'engage, la France aura pour elle le droit, dont les peuples, non plus que les individus, ne sauraient impunément méconnaître l'éternelle puissance morale. Elle sera héroïquement défendue par tous ses fils, dont rien ne brisera devant l'ennemi l'union sacrée et qui sont aujourd'hui fraternellement assemblés dans une même indignation contre l'agresseur et dans une même foi patriotique. »* J.O.D.P., Chambre des députés, pages 3110-3111 – séance du 4 août 1914) « L'union sacrée » installe une trêve dans les querelles politiques, sociales et religieuses. Elle se traduit, le 26 août 1914, par la constitution d'un cabinet associant, pour la première fois, des députés socialistes (Marcel Sembat, Jules Guesde). Le départ des socialistes, et la chute du ministère Painlevé, en novembre 1917, marquent la fin de « l'union sacrée ».

[11] J.O.D.P., Chambre des députés, pages 3113-3117 – séance du 4 août 1914 ; J.O.D.P., Sénat, pages 1302-1312 – séance du 4 août 1914

[12] Parmi lesquels un projet de loi prorogeant l'état de siège (J.O.R.F. du 6 août, p.7126) ; un projet de loi relatif au fonctionnement des cours d'appel et tribunaux de première instance pendant la durée de la guerre (J.O.R.F. du 6 août, p.7126) ; un projet de loi relatif à la suppléance des officiers publics et ministériels en cas de guerre (J.O.R.F. du 6 août, p.7126) ; un projet de loi tendant à accorder, pendant la durée de la guerre, des allocations aux familles nécessiteuses dont le soutien serait appelé ou rappelé sous les drapeaux (J.O.R.F. du 6 août, p.7127) ; un projet de loi relatif au cumul de la solde militaire avec les traitements civils en cas de mobilisation (J.O.R.F. du 6 août, p.7127) ; un projet de loi autorisant le Gouvernement à ouvrir des crédits supplémentaires et extraordinaires par décrets pour les besoins de la défense nationale (J.O.R.F. du 6 août, p.7128) ; un projet de loi relatif à l'admission des Alsaciens-Lorrains dans l'armée française (J.O.R.F. du 6 août, p.7130) ; un projet de loi relatif à l'amnistie pour les insoumis et déserteurs (J.O.R.F. du 6 août, p.7131) ; un projet de loi réprimant les indiscrétions de la presse en temps de guerre (J.O.R.F. du 6 août, p.7131) etc.

[13] *«* M. le président [de la Chambre des députés] : - *Je pense que la Chambre voudra s'ajourner en laissant à son président le soin de la convoquer, s'il y a lieu. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 3117 – séance du 4 août 1914) ; *«* M. le président [du Sénat] : *« Le Sénat veut, je crois, s'ajourner* sine die*, en confiant à son président la mission de le convoquer s'il y a lieu. »* (J.O.D.P., Sénat, page 1312 – séance du 4 août 1914).

[14] DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1918, 589 pages, spéc. p.204

[15] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.574

[16] BARRIERE, P., *Cinq mois de dictature sous la troisième République,* Montpellier : imp. de la manufacture de la Charité, 1922, 134 pages

A- LE REGNE DE L'ILLEGALITE NECESSAIRE

129. La République parlementaire française n'est pas *juridiquement* préparée à la guerre. Quand s'ouvre le conflit mondial, la France ne dispose d'aucune législation sur l'état de la Nation en temps de guerre. Le régime de l'état de siège relève d'une loi du 9 août 1849[17] élaborée, soixante-cinq ans plus tôt, dans le souvenir des journées de juin 1848, et de l'insurrection du 13 juin 1849. Il se révèle rapidement inadapté à la conduite de la guerre totale. Aucun des dix-huit projets de loi adoptés le 4 août 1914 n'étend, par ailleurs, les pouvoirs de l'Exécutif pour le temps de guerre. Ne disposant d'aucune habilitation législative suffisante (1), le Président de la République est contraint d'édicter, depuis Bordeaux, avec le concours du Conseil d'Etat, des textes bientôt qualifiés de « règlements de nécessité » (2).

1) L'insuffisance des textes pour le temps de guerre

130. A la différence des autres démocraties occidentales, la France entre en guerre sans législation d'exception spécifique au nouveau conflit armé (a). L'ordre constitutionnel des compétences y demeure *grosso modo* identique à celui des temps de paix. Ni la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège (b), ni les lois du 5 août 1914 (c), n'augmentent singulièrement les pouvoirs de l'Exécutif. L'illégalité est donc nécessaire.

a) L'exception française

131. A l'aube du conflit mondial, toutes les grandes démocraties étrangères adoptent des législations d'exception augmentant provisoirement, mais sensiblement, les pouvoirs de leurs Exécutifs. De ce point de vue, la France fait figure d'exception. Le Royaume-Uni, *mater parliamentorum*[18], est celui des pays dans lequel – selon les mots de Gaston Jèze – l'Exécutif a exercé au cours de la guerre les pouvoirs *« les plus largement discrétionnaires »*[19]. Ceux-ci n'ont rien d'une initiative spontanée. Dès le temps de paix, le Parlement confère au Roi, par le renouvellement annuel de l'*Army Act,* d'importantes attributions en matière d'organisation militaire (conscription, autorisations de réquisition en tous genres etc.) Surtout, le 8 août 1914

---

[17] DUVERGIER, J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat,* Paris : A. Guyot et Scribe, 1824-1949, 158 vol., spéc. t.49, p.268 et s.

[18] BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *in :* JEZE, G., BARTHELEMY, J., RIST, C., et ROLLAND, L., *Problèmes de politiques et finances de guerre, conférences faites à l'École des hautes études sociales en janvier-février 1915 sur quelques problèmes financiers, politiques, administratifs et économiques soulevés par la guerre,* Paris : F. Alcan, 1915, 229 pages, spéc. p.101

[19] JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)*, *op. cit.,* p.14

le Parlement de Westminster vote, *sans discussion*, le *Defence of the Realm Act* conférant à Sa Majesté, en Conseil, de larges pouvoirs sans limitation de durée pour *« assurer la sécurité publique et la défense du royaume »*[20], encore étendus par un *Act* du 26 août 1914. Sur ce fondement, le Roi peut ordonner et autoriser de nombreuses réquisitions, destructions d'édifices ou atteintes à la propriété, perquisitions, arrestations etc. (v. *Defence of the Realm Regulations 1914 (n°1231)* du 12 août 1914, ou les *Regulations* et *orders in Council* des 1er et 14 septembre 1914 et du 14 octobre 1914)[21]. La Suisse s'est engagée dans la même voie, non sans susciter une importante controverse constitutionnelle dans la doctrine française[22]. Le 3 août 1914, l'Assemblée fédérale vote un arrêté aux termes duquel elle *« donne pouvoir illimité au Conseil fédéral de prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité, à l'intégrité et à la neutralité de la Suisse. »* Sur ce fondement, le Conseil fédéral modifie la législation formelle en vigueur, y compris dans les matières constitutionnellement soumises à la votation populaire, crée des peines et soulève des impôts[23]. Amené à apprécier la légalité d'un acte édicté sur le fondement de l'arrêté du 3 août, le Tribunal fédéral suisse validera, en 1915, cette habilitation législative[24]. Le jour de son invasion par l'armée allemande, le 4 août 1914, la Belgique se dote, à son tour, d'une « loi concernant les mesures urgentes nécessitées par les éventualités de guerre », autorisant le Roi à déroger aux lois en vigueur, intervenir dans l'économie (encourager et protéger l'activité économique) pour assurer le ravitaillement de sa population, suspendre l'exécution des obligations civiles et commerciales etc.[25] En Italie, le prolongement de la guerre conduit le Parlement à voter, dès le 22 mai 1915, une loi

---

[20] « *His Majesty in Council has power during the continuance of the present War to issue regulations (...) for securing the public safety ant the defence of the realm.* » cité par JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre, op. cit.,* p.22

[21] v. JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)*, *op. cit.,* p.22 et s. ; SIGNOREL, J., « Le pouvoir exécutif en temps de guerre. Etude de législation comparée », *Revue générale d'administration,* mars-avril 1921, p.129-161 et s. ; ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., Paris : Recueil Sirey, 1928, 725 pages, spéc. p.91 et s.

[22] Car la Suisse, comme la France, dispose d'une constitution rigide. Dans ces conditions, le Parlement pouvait-il habiliter l'Exécutif à modifier la législation formelle existante, en dehors des formes prévues par la Constitution ? La question de la constitutionnalité de l'arrêté du 3 août 1914 présente donc un intérêt incontestable et immédiat pour la pratique française. v. JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)*, *op. cit.,* p.105 et s. ; v. encore, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.610 et s., note 24 ; ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.,* p.95 et s. ; (*cf. infra,* n°669 s.)

[23] v. les exemples avancés par la doctrine mentionnée ci-dessus.

[24] Tribunal fédéral, 14 décembre 1915, *Millioud* ; *Gazette de Lausanne,* 16 décembre 1915, p.3 ; *Journal de Genève,* 15 décembre 1915, p.3. On y lit *« Bien que la Constitution ne contienne pas de disposition formelle dans ce sens, il n'est pas douteux que lorsque, par suite de circonstances exceptionnelles, le Conseil fédéral est chargé de prendre toutes mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la Constitution dans cette œuvre indispensable. »*

[25] Loi du 4 août 1914 concernant les mesures urgentes nécessitées par les éventualités de guerre. (*Moniteur Belge* du 5 août) ; v. SIGNOREL, J., « Le pouvoir exécutif en temps de guerre. Etude de législation comparée », *art. cit.,* janvier-février 1921, p.11 et s.

de pleins-pouvoirs aux termes de laquelle : *« le Gouvernement du Roi a la faculté, en cas de guerre et pendant la durée de la guerre, d'édicter des dispositions ayant force de loi pour autant que l'exigent la défense de l'Etat, la protection de l'ordre public et les besoins urgents ou extraordinaires de l'économie nationale. »* Là encore, l'Exécutif italien fait le plus large usage des pouvoirs qui lui sont ainsi conférés[26]. On ne trouve pas, en France, de dispositif similaire. Dans les premiers jours qui suivent la déclaration de guerre, aucune loi de pleins-pouvoirs n'est votée en faveur de l'Exécutif. Ni la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège, ni les lois du 5 août 1914 ne sont assimilables aux législations d'exception élaborées au Royaume-Uni, en Suisse, en Belgique et en Italie. Il faut attendre 1916 pour qu'apparaissent, en France, les premiers projets de législation d'exception (*cf. infra,* n°153 s.).

b) L'insuffisance de la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège

132. L'état de siège est décrété, en France, le 1er août 1914 et prorogé par une loi du 5 août[27] (*cf. supra*, n°128). Ses effets sont régis par la loi du 9 août 1849 toujours partiellement en vigueur en 1914. Législation d'exception par excellence, l'état de siège n'a pourtant rien d'un dispositif de pleins-pouvoirs. Les pouvoirs exceptionnels reconnus à l'autorité militaire sont *limitativement* énumérés ; celle-ci jouit, en premier lieu, d'un simple *transfert* des attributions de police reconnues, en temps ordinaires, aux autorités civiles (art. 7). *« Ces pouvoirs,* écrit Joseph Barthélemy, *sont transmis tels quels (...), avec la même consistance, la même étendue, les mêmes limites. »*[28] Il n'y a donc pas, par principe, d'augmentation des pouvoirs de police, sauf – en second lieu – dans les quatre hypothèses expressément mentionnées par l'article 9 de la loi de 1849 : l'autorité militaire ayant le droit 1° de faire des perquisitions, de jour et de nuit, au domicile des citoyens ; 2° d'éloigner les repris de justice ; 3° de saisir des armes ; 4° d'interdire les publications et les réunions jugées de nature à exciter ou à entretenir le désordre. *« C'est beaucoup. C'est tout. »*[29] remarque Joseph Barthélemy, avant d'ajouter que *« cette énumération de l'article 9 de la loi n'a aucun sens si elle n'est pas limitative. »* Du reste, l'article 11 de la loi de 1849 confirme cette interprétation : *« Les citoyens continuent, nonobstant l'état de siège, à exercer tous ceux des droits garantis par la Constitution dont la jouissance n'est pas suspendue en vertu des articles précédents. »* Ainsi,

[26] JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)*, *op. cit.,* p.40 et s. ; ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.,* p.92 et s.
[27] En 1914, la mise en application de l'état de siège est régie par une loi du 3 avril 1878 (J.O.R.F. du 4 avril 1878). Ses effets demeurent régis par la loi du 9 août 1849 (*Recueil Duvergier, op. cit.,* p.268 et s.)
[28] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *art. cit.,* 1915, p.545
[29] *ibid.,* p.545-546

les pouvoirs du Président de la République, et des autorités civiles en général, ne sont guère impactés par le régime de l'état de siège ; ceux-ci demeurent régis par les principes ordinaires.

133. La loi du 9 août 1849 est donc trop étroite pour fonder l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif. *De fait* à partir de 1914, en dépit de l'interprétation stricte réclamée par les exégètes du texte, la loi relative à l'état de siège est interprétée, par les autorités civiles, dans un sens considérablement extensif, voire *contra legem* :

> « le Gouvernement, relève Joseph Barthélemy, ne se considère pas seulement comme investi, par la déclaration de l'état de siège, des pouvoirs exceptionnels définis par la législation spéciale sur la matière : appuyé par la croyance à peu près universelle de l'opinion, il se considère comme investi du pouvoir exceptionnel de prendre toutes les mesures convenables. (…)
>
> [E]n fait, l'autorité civile a considéré que c'était d'elle d'abord que l'état de siège augmentait ces pouvoirs. »[30]

Dès le 6 août 1915, dans un arrêt *Delmotte* rendu sur les conclusions conformes du commissaire du gouvernement Corneille, le Conseil d'Etat valide cette interprétation très extensive des dispositions de la loi du 9 août 1849, justifiant toutes les atteintes nécessaires à la législation des temps ordinaires :

> « La législation de l'état de siège ne doit pas se combiner avec les lois ordinaires ; et elle ne peut s'interpréter au moyen des principes et des expressions des textes de la législation ordinaire. C'est une législation extraordinaire ! Elle a pour but de contrecarrer ces textes, de les contrecarrer en bloc, en substituant à l'état de droit ordinaire un état exceptionnel s'adaptant, lui, aux nécessités de l'heure et aux circonstances anormales qui le provoquent, forcément l'amènent, et indubitablement le justifient. »[31]

Le commissaire du gouvernement propose donc une interprétation exceptionnelle d'un dispositif lui-même exceptionnel. Ce montage jurisprudentiel permet au Conseil d'Etat de valider les nombreuses fermetures de débits de boissons ordonnées par les autorités civiles et militaires pendant la guerre, sur le fondement de l'alinéa 4 de l'article 9 de la loi du 9 août 1849 autorisant littéralement l'interdiction des *réunions* jugées de nature à entretenir le désordre. Nombreux sont donc, par la suite, les règlements rendus au visa de la loi du 9 août 1849 n'ayant un rapport que très lointain, sinon inexistant, avec le dispositif de l'état de siège ; en témoignent les nombreux décrets publiés en avril 1917, par lesquels le Gouvernement réglemente l'activité économique. Les décrets du 16 avril 1917 « réglementant

---

[30] *ibid.,* p.156

[31] Rec. 1915, p.278, « conclusions » sur CE, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin,* Rec. p.276, concl. Corneille ; *S.* 1916.III.9, note Hauriou ; *RDP* 1915.700, note Jèze ; v. l'analyse qu'en propose François Saint-Bonnet, « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La grande guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception. », *Juspoliticum,* n°15, janvier 2016, [En ligne], p.12 et s.

la consommation de l'essence de pétrole »[32], du 19 avril 1917 « réglementant la fabrication et la vente de la pâtisserie et de la biscuiterie »[33], et des 14 et 25 avril « réglementant la vente et la consommation de viande »[34] sont tous édictés sur le fondement, et au visa, de la loi du 9 août 1849. Pour Léon Duguit, *« cette loi n'a rien à faire ici »*[35] : non seulement, elle n'autorise pas les autorités civiles et militaires à porter atteinte à la liberté de commerce et d'industrie, mais surtout elle n'autorise pas le Gouvernement à déroger à la législation formelle en vigueur[36]. Les tribunaux judiciaires ne s'y trompent pas, et n'hésitent pas à apprécier la légalité, déclarer illégaux et refuser d'appliquer, nombreux de ces décrets (*cf. infra*, n°151). Il est donc certain que la loi du 9 août 1849, sauf à faire l'objet d'une interprétation *contra legem*, n'est ni la condition, ni la limite, du pouvoir réglementaire exceptionnel que s'octroie le Président de la République au cours de la Première guerre mondiale. L'illégalité *manifeste* des règlements édictés sur son fondement témoigne de son caractère trop étroit. Elle oblige l'Exécutif à se tourner vers d'autres sources.

c) L'inadéquation des lois du 5 août 1914

134. Parmi les dix-huit lois votées le 4 août 1914 dans « l'Union sacrée » (*cf. supra*, n°128 s.), et promulguées le 5 août, aucune ne s'apparente à une loi de pleins-pouvoirs, telle qu'on en trouve au Royaume-Uni, en Belgique ou en Suisse à la même époque (*cf. supra*, n°131). Deux d'entre-elles augmentent, néanmoins, sensiblement les pouvoirs de l'Exécutif : l'une, modifiant la loi du 14 décembre 1879, autorise le Président de la République à ouvrir provisoirement, par décrets rendus en Conseil d'Etat, délibérés et approuvés en Conseil des ministres, des crédits supplémentaires et extraordinaires nécessaires aux besoins de la défense nationale[37] ; l'autre, dite loi du *moratorium*, autorise le Président de la République à édicter par décrets les mesures moratoires exigées par les circonstances de guerre, telles que par exemple, « la prorogation des termes des loyers, la suspension des péremptions, prescriptions

[32] J.O.R.F. du 19 avril 1917, p.3113
[33] J.O.R.F. du 20 avril 1917, p.3135
[34] J.O.R.F. du 15 avril 1917, p.2965 ; J.O.R.F. du 25 avril 1917, p.3294
[35] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.3, *op. cit.,* 2e éd., p.704
[36] *ibid.,* et v. aussi DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., 1918, *op. cit.,* p.524-525
[37] Loi du 5 août 1914 modifiant la loi du 14 décembre 1879 sur les crédits supplémentaires et extraordinaires à ouvrir par décrets pour les besoins de la défense nationale (J.O.R.F. du 6 août 1914, p.7128). Il s'agit d'une forme ancienne des « décrets d'avance ».

et délais de procédure en matière civile, commerciale et administrative »[38]. Ces deux lois étendent incontestablement le champ du pouvoir réglementaire pour la durée de la guerre ; elles autorisent le Président de la République à réguler des matières – la matière *financière* et celle des *obligations civiles et commerciales* – jusqu'alors, et traditionnellement, régulées par la législation formelle. Le Gouvernement fera un large usage de ces pouvoirs[39]. Pour autant, ces deux lois du 5 août 1914 n'ont rien de comparable aux législations d'exception votées à l'étranger au même moment ; contrairement à ces dernières, elles ne définissent pas les pouvoirs de l'Exécutif par référence au *but* à atteindre (préserver « la sécurité du Royaume » ou « la neutralité de la Suisse » (*cf. supra*, n°131)), mais par un *objet* spécialement déterminé (l'ouverture de crédits supplémentaires et la prorogation des échéances). Elles sont donc deux habilitations spécifiques qui ne constituent en rien un fondement suffisant à l'ensemble des actes règlementaires rapidement nécessaires à la conduite de la guerre. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat ne s'y trompe pas. Le 14 août 1914, elle est consultée sur un projet de décret relatif à la mise à la retraite d'office des officiers généraux, dérogeant – pour les besoins de la guerre – aux dispositions formelles d'une loi du 16 avril 1912 (*cf. infra*, n°138 s.). D'emblée – suivant, en cela, le rapporteur Georges Saint-Paul – l'Assemblée générale écarte la loi du 5 août 1914 relative à la liberté financière du Gouvernement comme base légale suffisante : *« Il ne saurait être question d'invoquer une des lois d'août 1914, quels qu'étendus que soient les pouvoirs qu'elles ont conférés au Conseil d'Etat* [sic]*, ces lois ne peuvent trouver d'application que si une question budgétaire est posée, et les projets de décrets actuels ne soulèvent certainement aucune question de crédits. (…) Par conséquent, nous n'avons pas à attendre ici le visa des lois d'août 1914 »*[40].

135. De ces éléments, on doit conclure que la République parlementaire française n'est pas juridiquement préparée au conflit mondial. Les chambres dans une *« patriotique et confiante*

---

[38] v. le rapport général, présenté par le député Albert Métin (J.O.D.P., Chambre des députés, pages 3120 – séance du 4 août 1914) ; Loi du 5 août 1914 relative à la prorogation des échéances des valeurs négociables (J.O.R.F. du 6 août 1914, p.7126)

[39] Entre le 5 août 1914 et le 22 décembre 1914 (date de réunion des Chambres), les crédits ainsi ouverts par décrets s'élèvent à hauteur de 6,4 milliards de francs (6 441 683 001 francs), selon les chiffres avancés par Joseph Barthélemy (« Notes sur le droit public en temps de guerre », *art. cit.,* 1915, p.154). Quant aux décrets du *moratorium,* leur impact est considérable sur le revenu des propriétaires ou des créanciers, en général. (v., par exemple, ROBERT, F., « L'impact économique du moratoire et de l'encadrement des loyers (Lyon, 1914-1926) », *Le Mouvement social,* 2017, n°259, p.79-97

[40] CE, Assemblée générale, 14 août 1914, « Projet de décret suspendant provisoirement l'obligation de consulter le Conseil supérieur de la Guerre prévue par l'article premier de la loi du 16 février 1912 pour la mise à la retraite d'office des officiers généraux et assimilés », n°168800 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//5163, dossier n°75, p.2-3.

unanimité »[41] ajournent leurs travaux et s'en remettent à l'Exécutif pour mener la conduite de la guerre, sans lui confier pour autant les habilitations nécessaires. Or, il faut gouverner ; et, en ces circonstances, la fin justifie les moyens. L'insuffisance des textes de 1849 et 1914 conduit donc l'Exécutif à s'engager dans la voie de *l'illégalité.*

2) Les règlements de « nécessité »

136. La séparation des Chambres, le 4 août 1914, ouvre une période de modification des équilibres constitutionnels. Depuis Bordeaux, le Président de la République, et ses ministres, gouvernent seuls, avec le concours du Conseil d'Etat[42]. *« L'évidente nécessité »*[43] des mesures à adopter pour la conduite de la guerre oblige rapidement l'Exécutif à s'affranchir de la légalité. Au cours de cette période *« d'éclipse totale »*[44] du Parlement, c'est au visa de ses « pouvoirs généraux », tels que définis par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, que le Gouvernement modifie la législation formelle existante (a). Imaginée par le Conseil d'Etat, cette théorie justifie bientôt les plus graves atteintes à la légalité. Mais le prolongement de la guerre modifie cet état des choses. En janvier 1915, s'ouvre la session parlementaire ordinaire. Les Chambres, qui ne se sépareront plus, reprennent leurs travaux et installent un *« parlementarisme de guerre »*[45] (F. Bock). Progressivement, l'évidence de « l'illégalité » est moins perceptible, et la nécessité se meut en arbitraire (b).

[41] Propos du député Albert Métin (J.O.D.P., Chambre des députés, pages 3114 – séance du 4 août 1914)

[42] v., *Le Conseil d'Etat et la Grande Guerre,* actes du colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, à Paris, les 20 et 21 novembre 2015, Paris : La Documentation française, 2017, 238 pages

[43] Sur ce concept, v. SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception,* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2001, 393 pages, spéc. p. 335 et s. ; SAINT-BONNET, F., « Droit et évidente nécessité. L'autonomie de l'état d'exception », *Droits. Revue française de théorie juridiqu*e, 1999, n° 30, p. 29-43 ; SAINT-BONNET, F., « Exception, nécessité, urgence », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.,* p.673-678, spéc. p. 677 et s. ; SAINT-BONNET, F., « L'état d'exception et la qualification juridique », *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux,* 2008, n°6, p.29-38. SAINT-BONNET, F., « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La grande guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception. », *art. cit.,* p.4 et p.11 et s.

[44] L'expression est empruntée à Elina Lemaire (« Le désaccord du Parlement et du Gouvernement sur « La Constitution du pouvoir politique en temps de guerre » : l'échec du projet Briand sur les décrets-lois (décembre 1916-janvier 1917) », *Juspoliticum,* n°15, janvier 2016 [En ligne], spéc. p.3)

[45] BOCK, F., *Un parlementarisme de guerre : 1914-1919,* Paris : Belin, 2002, 350 pages

a) La tentation d'un fondement constitutionnel : le visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, aux origines de l'arrêt Heyriès

i) Une reconstruction doctrinale de l'arrêt Heyriès

137. Le 28 juin 1918, c'est au visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, plaçant le Président de la République à la tête de l'Administration française et le chargeant d'assurer l'exécution des lois, que le Conseil d'Etat rejette le recours du *sieur Heyriès*[46] dirigé contre le décret du 10 septembre 1914 suspendant, pendant toute la durée des hostilités, l'application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905[47]. Aujourd'hui, l'arrêt *Heyriès* est présenté comme à l'origine d'une théorie des circonstances exceptionnelles et des pouvoirs de guerre, justifiant notamment une atteinte aux règles ordinaires de compétence. Cette lecture est, en réalité, le produit d'une *relecture* rétrospective de l'arrêt (*cf. infra,* n°498 s.). Les principaux acteurs de ce mouvement sont Maurice Hauriou, par sa note au *Recueil Sirey* en 1922, Georges Vedel, et sa théorie des *« bases constiutionnelles du droit administratif »* en 1954, et les auteurs de la première édition du *GAJA,* en 1956 :

- **Maurice Hauriou** est le premier, et l'unique, auteur de son temps à commenter l'arrêt *Heyriès*, dont les conclusions n'ont d'ailleurs jamais été publiées. En 1922, au *Recueil Sirey,* il en propose une interprétation qui influencera, considérablement, la doctrine postérieure :

> « Le début de ce considérant est remarquable, en ce qu'il rompt avec la fâcheuse habitude de définir le pouvoir exécutif uniquement par la mission d'assurer l'exécution des lois : cette mission est, en réalité, double : 1° assurer la marche de l'administration [et aussi du gouvernement] ; 2° assurer l'exécution des lois. Cette vérité, que nous ne cessons de répéter depuis trente ans, se fait donc enfin jour. Il a fallu la guerre; mais, à cette lumière-là, il y a des vérités qui deviennent criantes. Eh ! Oui. — D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, — ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales. (…)

[46] CE, 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. p.651 ; *S.* 1922.III.29, note Hauriou : *« cons. que par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République est placé à la tête de l'Administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; qu'il lui appartenait, à la date du 10 septembre 1914, à laquelle est intervenu le décret dont la légalité est contestée, d'apprécier que la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire de son dossier préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la période des hostilités, de nature à empêcher dans un grand nombre de cas l'action disciplinaire de s'exercer et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale ; qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ; »*

[47] Décret du 10 septembre 1914 suspendant, pendant toute la durée des hostilités les dispositions de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, aux termes duquel tous les fonctionnaires civils et militaires ont droit à la communication personnelle et confidentielle de toutes les pièces composant leur dossier avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire (J.O.R.F. du 11 septembre 1914, p.7883)

> Il se produit une cassure dans la légalité ; il y a des lois qu'il faut appliquer, parce qu'elles assurent la marche des services; il en est d'autres dont il faut suspendre l'application, parce qu'elles entraveraient cette marche. (…)
>
> Dès lors, un pouvoir discrétionnaire apparaît dans la fonction d'assurer l'exécution des lois ; le pouvoir exécutif peut choisir entre les lois dont il assure l'exécution, et il peut aussi choisir son moment d'exécuter ou de ne pas exécuter. »[48]

En somme, pour Maurice Hauriou, l'arrêt *Heyriès* est l'occasion de réaffirmer, en 1922 – sous couvert de commenter le droit positif – sa conception du pouvoir exécutif, dont la mission n'est pas réductible à l'exécution des lois (*cf. infra,* n°512 et n°551). Maurice Hauriou érige donc l'arrêt *Heyriès* en *emblème* de la justesse des théories qu'il défend invariablement depuis 1892 ; il lui permet de reléguer « l'exécution des lois » au second plan et de justifier, tant l'autonomie du champ, que du fondement, du pouvoir réglementaire, et des missions de l'Exécutif. Pour Hauriou, la fonction gouvernementale (*« veiller au salut de l'Etat »*) et la fonction administrative (*« assurer la marche des services »*)[49] confèrent au Président de la République le pouvoir de s'émanciper de l'exécution des lois, en lui laissant le choix de suspendre provisoirement l'application de certaines lois.

- **Georges Vedel,** en 1954, opère une reconstruction complète des fondements du droit administratif, à partir des arrêts *Heyriès* et *Labonne* (*cf. infra,* n°501 s.). Contrairement à Maurice Hauriou, le visa de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, permet à l'auteur des *« bases constitutionnelles du droit administratif »* de subsumer l'ensemble des manifestations du pouvoir réglementaire – y compris autonome – sous une fonction d'exécution des lois, très largement entendue : *« il peut se faire que, soit dans des circonstances exceptionnelles, soit en raison d'une lacune législative, la sauvegarde des lois c'est-à-dire de l'Etat et de l'ordre juridique exige le sacrifice d'une loi. »*[50] Ce montage doctrinal permet à Vedel de valider les manifestations les plus extensives du pouvoir réglementaire, et de réhabiliter le critère de la *puissance publique*, sans renoncer pour autant à la supériorité formelle du texte constitutionnel de 1946.

- **Marceau Long, Prosper Weil et Guy Braibant** achèvent, en 1956, ce mouvement de relecture doctrinale de l'arrêt *Heyriès.* Son entrée dans la première édition des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative* lui confère rétrospectivement une portée fondatrice dans la formation du droit administratif ; surtout, elle s'accompagne *d'observations* qui font figure

---

[48] HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 ; d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou,* tome 1, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 743 pages, spéc. p.82-83

[49] HAURIOU, M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques,* 2e éd., Paris : L. Tenin, 1916, 828 pages, spéc. p.245 et p.715-716

[50] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE,* 1954, p.21-53, spéc. p.39

d'interprétation presque officielle de l'arrêt. Il y est présenté comme à l'origine d'une théorie des pouvoirs de guerre et des circonstances exceptionnelles, reconnaissant *« de la manière la plus éclatante, non seulement l'existence d'une légalité spéciale aux temps de crise, mais encore sa prééminence sur la légalité tout court. »*[51] Le contexte de la guerre d'Algérie n'est sans doute pas étranger à cette interprétation, mais il faut bien avouer qu'elle est très éloignée de la solution adoptée par le Conseil d'Etat au cours de la première guerre mondiale. L'étude des archives permet de le démontrer.

ii) La véritable signification du visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875

138. Entre août et décembre 1914, c'est au visa de l'article 3 de la loi du 25 février 1875 – aux termes de laquelle le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois – qu'est suspendue, par décrets, pour les besoins de la guerre, l'application de plusieurs dispositions législatives formelles. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat est à l'origine de cette construction datée, non du 28 juin 1918, mais du 14 août 1914. A cette date, elle est saisie d'un projet de décret, présenté par le ministre de la guerre Adolphe Messimy, modifiant les conditions de mise à la retraite d'office des officiers généraux pendant la durée des hostilités[52]. Une loi du 16 février 1912[53] confère au Président de la République le pouvoir de prononcer ces mises à la retraite d'office mais en subordonne l'exercice à la consultation, au scrutin secret, du Conseil supérieur de la guerre[54]. Or, en août 1914, le Conseil supérieur de la guerre est matériellement impossible à réunir : la totalité de ses membres (sauf un) est mobilisée. Le Gouvernement – qui souhaite pouvoir prononcer, au plus vite, la mise à la retraite d'office de certains officiers généraux – saisit le Conseil d'Etat d'un projet décret ayant pour objet de *suspendre*, pour la durée des hostilités, la disposition de la loi du 16 février 1912 subordonnant cette prérogative à la consultation du Conseil supérieur de la guerre. Le 14 août 1914, devant l'Assemblée générale, le rapporteur Georges Saint-Paul

[51] LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Paris : Dalloz, 2006, 425 pages, [Reproduction en fac-similé de la première édition de Paris : Sirey, 1956] ; réédition présentée par Pascale Gonod, p.121-127, spéc. p ;123

[52] CE, Assemblée générale, 14 août 1914, « Projet de décret suspendant provisoirement l'obligation de consulter le Conseil supérieur de la Guerre prévue par l'article premier de la loi du 16 février 1912 pour la mise à la retraite d'office des officiers généraux et assimilés », n°168800 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//5163, dossier n°75

[53] J.O.R.F. du 18 février 1912, p.1546

[54] Instauré en 1872 par Adolphe Thiers, le Conseil supérieur de la guerre est notamment composé du ministre de la guerre (président), des maréchaux de France, d'un nombre proportionnel d'officiers généraux de toutes armes, d'un intendant général inspecteur, d'un vice-amiral de la marine, d'un inspecteur des finances, du chef d'état-major du ministre. (J.O.R.F. du 28 juillet 1872, p.5165)

reconnaît d'emblée, au nom de la Section des finances et de la guerre, l'opportunité de la mesure :

> « il y a grand intérêt à permettre au Gouvernement de prononcer la mise en retraite d'office pour raison de santé, alors même que ce ne serait pas la raison prédominante, pour ménager certaines situations ; c'est un motif plus aisé à donner qu'un autre ; ne mettons pas le Gouvernement dans l'impossibilité d'user, aux besoins de ces ménagements ; (…)
>
> Il peut y avoir, surtout dans les circonstances actuelles, grand intérêt à ne pas laisser des éléments inutiles, et qu'on ne peut pas remplacer, dans le cadre des officiers généraux. »[55]

Le conseiller Michel Tardit confirme *« qu'il y a des officiers qui, dès les temps de paix, sont un peu fatigués déjà et qui, en temps de guerre, ne peuvent plus rendre les services voulus ; il est nécessaire, alors, de remplir les cadres par des gens aptes. »*[56]

139. Pour l'Assemblée générale, l'application de la loi du 16 février 1912, conférant au Président de la République le pouvoir de prononcer des mises à la retraite d'office, est donc absolument nécessaire pendant la guerre. Le Gouvernement doit pouvoir bénéficier, pendant les hostilités, de toute la *« gamme des mesures »*[57] (Camille Lyon), que lui offre la législation existante pour écarter et remplacer les officiers généraux en incapacité de servir, en particulier la loi du 16 février 1912 autorisant les mises en retraite d'office ; le priver de telles prérogatives reviendrait à le priver d'une arme nécessaire à l'organisation de la défense nationale. *« Puisque le législateur,* souligne le vice-président René Marguerie, *a voulu que les officiers généraux puissent être mis à la retraite d'office, il est nécessaire à mon avis, que cette disposition législative puisse fonctionner en temps de guerre. »*[58]

140. Or, en l'état, la loi du 16 février 1912 est matériellement inapplicable, à raison de l'impossibilité de réunir le Conseil supérieur de la guerre. Il est donc nécessaire d'en suspendre les dispositions *accessoires* (les garanties procédurales) pour permettre d'en appliquer les dispositions *essentielles* (la mise à la retraite d'office). Cette idée est très clairement exprimée par le rapporteur Saint-Paul :

> « En réalité, le projet de décret tend moins à suspendre l'application de la loi qu'à en assurer l'exécution. Le Gouvernement ne peut pas être désarmé en présence de la nécessité de mettre d'office à la retraite un officier général dans les conditions prévues par la loi de 1912 ; le décret proposé, en supprimant les dispositions spéciales de procédure dont j'ai parlé, laisse subsister la loi et s'adosse, pour ainsi dire, au texte législatif. (…)

---

[55] Comptes-rendus des débats en Assemblée générale, p.6-7 et p.11

[56] *ibid.,* p.14-15

[57] *ibid.,* p.24. Matter ajoute : *« s'ils sont bons, il faut les laisser dans leur commandement ; s'ils sont mauvais, les mettre en disponibilité, en retraite d'office ou même les poursuivre devant un autre conseil »*

[58] *ibid.,* p.36

> Ce point a été suffisamment élucidé par les discussions qui ont eu lieu hier dans le Conseil. Vous avez reconnu le droit éminent du Gouvernement de prendre, sous sa responsabilité, toutes les mesures commandées par les nécessités de la défense nationale, alors même qu'il s'agissait, non pas sans doute d'y porter atteinte, mais de lui faire subir certaines modalités, certaines conditions d'adaptation qui auraient pour objet d'en assurer l'exécution. Par conséquent, vous n'avez pas à attendre ici le visa des lois d'août 1914, c'est en vertu des pouvoirs généraux du Gouvernement que le décret est pris. » [59]

Le Président de la Section des finances et de la guerre, Camille Lyon, confirme cette interprétation :

> « Il y a une loi qui, en pratique, n'est pas applicable : on ne peut pas réunir un conseil dont tous les membres sont dispersés. Le premier devoir du Gouvernement est de procurer l'exécution de la loi, et c'est pour le faire qu'il nous soumet la disposition actuelle. (…) Il s'agit donc non pas d'un acte exceptionnel, mais de procurer l'exécution d'une loi. »[60]

Ainsi, afin de ne pas rester *« lettre morte »*[61] (Emile Varagnac), l'application de la loi du 16 février 1912 impose d'en *adapter* certaines dispositions. Faut-il y voir une *« déchirure complète et provisoire de la loi »*[62]*,* comme le relèvent le conseiller Deloncle et plusieurs de ses collègues ? Formellement, la question ne fait aucun doute ; cette suspension – par décret – des garanties procédurales exigées par la loi s'apparenterait certainement, dans les temps normaux, à un *« excès de pouvoir »*[63] (Henry Hebrard de Villeneuve). Ces considérations expliquent pourquoi, faute de mieux, l'Assemblée générale cherche *« avec la collaboration ministérielle, [à] trouver des garanties à mettre à la place de celle qui disparaît »*[64] ; ainsi impose-t-elle que l'avis du commandant en chef des armées (le « généralissime ») se substitue à la consultation du Conseil supérieur de la guerre avant toute mise à la retraite d'office.

141. L'illégalité est donc nécessaire. Le Conseil d'Etat n'en disconvient pas et offre son concours à la suspension, par décret, de dispositions formellement législatives. Mais, cette solution est tout entière commandée par la nécessité *d'appliquer* la loi du 16 février 1912. L'Assemblée générale n'a jamais entendu autoriser le Gouvernement à suspendre toute espèce de loi, au motif qu'existerait une « légalité spéciale, supérieure à la légalité ordinaire » comme l'écriront par la suite Hauriou, Vedel et Long, Weil et Braibant (*cf. supra*, n°137 s.). Au

---

[59] *ibid.,* p.2-3
[60] *ibid.,* p.24
[61] *ibid.,* p.26
[62] *ibid.,* p.25. Telle est, par exemple, la position de Jean Romieu : *« je suis disposé à voter tout ce qui sera nécessaire pour la défense nationale, mais il ne m'est pas prouvé que la mesure en question soit nécessaire à la défense nationale. » (ibid.,* p.28), ainsi que celle du président Cotelle (*ibid.,* p.10)
[63] *ibid.,* p.22 : *« il s'agit non pas de violer une loi, mais d'y apporter une dérogation telle que si nous étions en temps normal nous considérerions le décret entaché d'excès de pouvoir. »*
[64] Propos du conseiller Deloncle, *ibid.,* p.26

contraire, cherche-t-elle les moyens de rendre applicable, en temps de guerre, la législation ordinaire : *« Nous avons voulu,* souligne le rapporteur Saint-Paul, *rendre possible la continuation de l'application d'une loi qui devient inapplicable si nous n'y apportons pas cette modification ».* Ainsi s'explique la mention du visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, expressément introduit par l'Assemblée générale en tête du projet de décret, à l'initiative de Jean Romieu :

> « Messieurs, pour la rédaction définitive du projet de décret sur lequel nous venons de délibérer, ne pensez-vous pas qu'il y ait intérêt à mentionner, dans les visas, l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ? Ce projet de décret a pour objet de faire la juste application de la loi de 1912, dans les conditions où les circonstances que nous traversons permettent de la faire ; n'est-ce donc pas le cas de viser la disposition constitutionnelle qui porte que « le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois ? » (…)
>
> Je rappelle que tout à l'heure M. le Rapporteur nous disait que, par ce décret, le Gouvernement n'avait nullement cherché à contrarier ou à suspendre l'exécution de la loi de 1912, mais, au contraire, à l'assurer. Le visa que je propose confirmera cette assertion. »[65]

Le Conseil d'Etat est donc à l'origine du visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 dans les décrets réglementaires qui, entre août et décembre 1914, suspendent ou adaptent les dispositions accessoires des lois pour en permettre l'application des dispositions essentielles. Consacrée par le décret du 15 août 1914 relatif à la mise à la retraite d'office des officiers généraux[66], la solution est étendue le jour même au décret portant suspension, pendant la durée de la guerre et en ce qui concerne les militaires, de l'application des dispositions de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 relatif au droit, pour les fonctionnaires faisant l'objet d'une procédure disciplinaire, à la communication personnelle et confidentielle de leur dossier[67]. Cette solution est réitérée, par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 7 septembre 1914, à l'occasion de l'examen du projet de décret – daté du 9

---

[65] *ibid.,* p.43-44. On doit sans doute à Jean Romieu, nommé président de la Section du contentieux le 18 janvier 1918 (J.O.R.F. du 19 janvier 1918, p.745) la transposition de cette solution dans les arrêts du Conseil d'Etat de l'après-guerre, auxquels appartient déjà l'arrêt *Heyriès.* Parmi les arrêts rendus au visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, v. CE, 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. p.651 ; CE, 8 novembre 1918, *Benarous Yaya ben Aïssa,* Rec. p.964 ; CE, 8 novembre 1918, *de Courte,* Rec. p.973 ; CE, 22 novembre 1918, *Miéville,* Rec. p.1024 ; CE, 27 décembre 1918, *Sieur Doillet,* Rec. p.1164 ; CE, 14 mai 1920, *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine,* Rec. p.499 ; CE, 9 juillet 1920, *Société « le Centre électrique »,* Rec. p.681

[66] Décret du 15 août 1914 modifiant les dispositions réglementaires en vigueur en ce qui concerne l'admission à la retraite et le passage anticipé dans la section de réserve des officiers généraux et fonctionnaires de grade correspondants (J.O.R.F. du 16 août, p.7454)

[67] Décret du 15 août 1914 portant suspension, pendant la durée de la guerre, de l'application des dispositions de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 (J.O.R.F. du 16 août, p.7453). On lit, dans le rapport adressé au Président de la République : *« Cette mesure n'est pas, en ce qui concerne les militaires des armées de terre et de mer, compatible avec les nécessités du temps de guerre qui exigent que les sanctions disciplinaires soient immédiates. »*

septembre – suspendant le fonctionnement des conseils d'enquête, pendant la durée de la guerre[68], et le 14 septembre 1914 à l'occasion de l'examen du projet de décret – daté du 16 septembre – relatif à la suspension du fonctionnement des conseils de discipline pendant la durée des hostilités[69] :

> « - M. le Rapporteur Baudenet : « dans les circonstances actuelles, il est nécessaire que le Gouvernement puisse réprimer sans délai les défaillances des fonctionnaires. Or, les réunions des conseils de discipline ont toujours pour effet de retarder les mesures qui doivent frapper les fonctionnaires coupables. (…) »
>
> « - M. le vice-président Marguerie : « l'idée générale qui a été admise jusqu'à ce jour par le Conseil d'Etat c'est que, dans la situation actuelle, le Président de la République, chargé d'assurer l'exécution des lois, reste dans son rôle constitutionnel lorsqu'il continue à faire exécuter ces lois dans leur esprit et pour leur faire produire l'effet en vue duquel elles ont été votées, mais en supprimant les formalités de procédure qui sont impossibles à remplir en raison des circonstances. »[70]

Ces propos confirment que, lorsqu'il intervient le 28 juin 1918, l'arrêt *Heyriès* se situe dans une lignée jurisprudentielle déjà bien établie ; il n'a pas le caractère fondateur que lui attribue, rétrospectivement, son commentaire au *GAJA.* Par ailleurs, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat n'autorise la suspension spéciale de dispositions légales *qu'à condition* de permettre l'application générale de la loi ; en aucun cas, l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ne confère à l'Exécutif – comme l'écrira ultérieurement Vedel – un *« titre général de compétence »*[71]. Les débats, en Assemblée générale du 14 septembre, témoignent de cette conception restrictive des pouvoirs du Gouvernement ; rien ne l'autorise à porter atteinte à l'inamovibilité des magistrats :

> « - M. le vice-président Marguerie : Aujourd'hui, on propose de faire la loi. Or, la situation n'est pas la même qu'en 1870-71 ; le Gouvernement actuel n'a pas les pouvoirs que s'était reconnus le Gouvernement de la Défense nationale en

---

[68] CE, Assemblée générale, 7 septembre 1914, « Projet de décret tendant à suspendre pendant la durée de la guerre, le fonctionnement les Conseils d'enquête pour les officiers, les sous-officiers, brigadiers ou caporaux rengagés, les militaires commissionnés et les militaires de la gendarmerie », Bordeaux n°2 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//5382, p.11-16. V. les propos du rapporteur Saint-Paul : *« Certaines mesures disciplinaires ne peuvent être prises à l'égard des militaires que sur l'avis conforme d'un Conseil d'enquête. Dans les circonstances exceptionnelles où nous sommes, on se heurterait aux plus grandes difficultés, sinon à une véritable impossibilité, si l'autorité militaire était tenue de constituer ces conseils d'enquête et d'observer les formes et délais prévus par les règlements ; d'autre part, les sanctions disciplinaires doivent être appliquées avec une rapidité et une rigueur exceptionnelles. Cette application est nécessaire à la défense nationale. »* (p.12) ; Décret du 9 septembre 1914 suspendant le fonctionnement des conseils d'enquête, pendant la durée de la guerre (J.O.R.F. du 11 septembre, p.7884)

[69] Décret du 16 septembre 1914 relatif à la suspension du fonctionnement des conseils de discipline pendant la durée des hostilités (J.O.R.F. du 17 septembre, p.7939)

[70] CE, Assemblée générale, 14 septembre 1914, « Projet de décret suspendant, pendant la durée des hostilités le fonctionnement, des Conseils de discipline », Bordeaux n°10 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//7275, Comptes-rendus des débats conservés sous la cote AL//5382, p.26-36, spéc. p.27 et p.30

[71] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.*, p.39

l'absence de toute assemblée législative. Tous les actes qu'on ferait non pour procurer l'exécution de la loi, mais pour la créer, seraient nuls et les tribunaux pourraient refuser de les appliquer.

On peut permettre au Gouvernement d'appliquer des peines disciplinaires aux fonctionnaires sans procédure préalable, alors que des lois ou règlements prévoient l'avis de conseils de discipline ; mais il ne faut ni changer les compétences, ni porter atteinte à l'inamovibilité de la magistrature. (…) »

« - M. le Président Cotelle : il faut se placer aussi du point de vue politique. Or, il ne serait pas politique, au lendemain du décret qui a prononcé la clôture de la session parlementaire, d'engager le Gouvernement à empiéter sur les attributions du pouvoir législatif. La défense nationale exige avant tout tout que l'harmonie règne entre les pouvoirs publics ; il faut éviter un conflit possible. (…) »

« - M. le Président de Moüy : nous ne sommes pas dans une période dictatoriale. On peut supprimer les conseils de discipline, mais on ne peut pas substituer à certaines autorités compétentes d'autres autorités. Ce serait faire œuvre législative. (…) »[72]

142. En somme, l'Assemblée générale se montre particulièrement soucieuse de la souveraineté parlementaire[73]. La suspension de certaines de ses dispensions doit demeurer *strictement nécessaire* à l'application de la loi. Ainsi s'explique la mention du visa de l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et la référence à l'exécution des lois dans l'arrêt *Heyriès.* L'absence de conclusions publiées ne permet pas de douter de cette interprétation. Car l'arrêt *Heyriès* n'est finalement qu'une *application,* d'une lignée jurisprudentielle ouverte en Assemblée générale en août 1914, et confirmée par la Section du contentieux le 30 juillet 1915, par l'arrêt *Général Verrier* qui – bien qu'éclipsé par l'arrêt du 28 juin 1918 – est le véritable arrêt de principe en la matière[74]. Les conclusions conformes du commissaire du gouvernement Corneille – qu'il faut reproduire en intégralité – donnent à voir le raisonnement du Conseil d'Etat :

---

[72] Comptes-rendus des débats en Assemblée générale, *op. cit.,* p.31, p.32, et p.33

[73] Cette lecture est confirmée par Olivier Carton, qui écrit qu'en dépit des circonstances, la loi parlementaire demeure *« magnifiée »* par le Conseil d'Etat tout au long de la Première guerre mondiale, v. CARTON, O., « Premier regard sur l'activité consultative du Conseil d'Etat durant la Première Guerre mondiale », *in : Le Conseil d'Etat et la Grande Guerre, op. cit.,* spéc. p.168 et s. et les exemples cités

[74] CE, 30 juillet 1915, *Général Verrier,* Rec. p.257 ; *RDP* 1915.479, concl. Corneille, note Jèze. L'arrêt est rendu sur le recours du Général Verrier, mis à la retraite d'office par décret du 20 novembre 1914, dans les conditions prévues par le décret du 14 août 1914 suspendant, pour la durée de la guerre, la consultation du Conseil supérieur de la guerre (*cf. supra*, n°138 s.). Le requérant excipe l'illégalité du décret du 14 août 1914 au regard de la loi du 16 février 1912. L'arrêt *Verrier* est donc le premier à trancher, trois ans avant l'arrêt *Heyriès,* la question de la légalité des décrets d'août et septembre 1914 suspendant l'application de dispositions législatives. L'arrêt *Verrier* n'est pas rendu au visa de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, mais la référence à « l'exécution des lois » est expressément mentionnée dans le corps des motifs : *« cons. qu'il appartenait au Président de la République de prendre les mesures commandées par les circonstances en vue d'assurer, dans l'intérêt de la défense nationale, l'exécution de la loi et de déterminer les conditions d'exercice du droit qui appartient au Gouvernement depuis la loi du 4 août 1839 de prononcer la mise à la retraite d'office des officiers généraux, alors que l'accomplissement des formalités prévues à l'article 1er de la loi du 16 février 1912, était rendu impossible par les évènements de guerre ».*

> « [D]ans les circonstances où ce décret a été rendu, il appartenait au Chef de l'Etat de le prendre, - sauf ratification ultérieure par le Parlement, - et cela en vertu des principes généraux et de l'attribution que lui confère la Constitution « d'assurer l'exécution des lois ». (…) Or, dans le décret du 15 août 1914, dont la légalité est contestée, le Chef de l'Etat a-t-il violé l'esprit de la loi ? a-t-il ajouté aux formalités légales ? N'a-t-il pas plutôt facilité l'application de la loi ?
>
> Le texte en cause est ainsi conçu : « Pendant la durée de la guerre, et à raison de l'impossibilité de réunir, dans les circonstances actuelles, le Conseil supérieur de la guerre, la consultation de ce conseil, prévue par l'article 1er de la loi du 16 février 1912 pour la mise à la retraite d'office des officiers généraux (…) sera remplacée, pour la zone des armées, par l'avis du général commandant en chef des armées (…) ». Serrez ce texte de près ! Vous ne pourrez dire qu'une chose, c'est que le règlement nouveau, d'allure provisoire, a eu pour but et pour effet d'adapter une procédure légale aux circonstances exceptionnelles, de procurer l'exécution de la loi à un moment où cette exécution était urgente et indispensable au point de vue des suprêmes intérêts de la nation. (…) Cette faculté [de mise à la retraite d'office] a paru au législateur nécessaire dès le temps de paix. Et l'on peut vraiment dire, sans nuance d'exagération, que la nécessité devenait de plus en plus impérieuse dans les circonstances nouvelles de l'état de guerre.
>
> Il fallait donc appliquer la loi de 1912 ! Et cela de toute urgence ! Or un obstacle surgissait qui en « barrait » l'application ; cet obstacle, c'était l'obligation d'une consultation du Conseil supérieur de la guerre, votant au scrutin secret. Pour des raisons que tout le monde connaît, et sur lesquelles il n'est pas besoin d'insister, cette consultation était matériellement impossible ; en présence de cette impossibilité de fait, qui annihilait la loi de 1912, son objet, son principe essentiel, le Chef de l'Etat s'est vu autorisé à tourner l'obstacle pour procurer l'exécution de la loi. A la procédure ancienne, qu'il était impossible de suivre, ainsi que le note explicitement le texte même du décret, le Chef de l'Etat a substitué une procédure appropriée aux circonstances nouvelles. »[75]

Là figurent les véritables motivations de l'arrêt *Heyriès*, de la mention de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et de la référence à « l'exécution des lois » ; le pouvoir réglementaire n'est pas encore pensé, en 1914, comme autorisant l'Exécutif à se *substituer* au législateur ; son objet est tout entier tourné vers l'application de la loi, fût-ce en dérogeant à certaines de ses dispositions. Ce faisant, le Conseil d'Etat semble reprendre à son compte la distinction, proposée par Léon Duguit en 1901, entre les règles *normatives* – qui *« impose[nt] à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action »*[76] –, et les règles *constructives – « établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des règles de droit normatives ».* Le pouvoir réglementaire paraît autorisé à suspendre les dispositions *constructives* des lois, pour permettre d'en appliquer les dispositions *normatives.* Telle est la signification originelle de la jurisprudence *Heyriès.*

---

[75] « Conclusions », *RDP,* 1915, p.480-481

[76] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, 3e éd., t.1, p.106 v., aussi, DUGUIT, L., *L'Etat : le droit objectif et la loi positive*, Paris : Dalloz, 2003 [Fac-sim. de l'éd. de Paris : Fontemoing, 1901], 623 pages, spéc. p.551 s., et p.560 s.

iii) Un paravent précieux pour le Gouvernement

143. Entre août 1914 et janvier 1915, période d'ajournement quasi-total des Chambres[77], le Gouvernement use, et abuse, du visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 pour déroger à la législation formelle existante. La Constitution fait bientôt figure de *« paravent »*[78] précieux pour justifier les plus graves atteintes à la légalité. Le Conseil d'Etat est rarement consulté sur ces décrets. La plupart du temps, le Président de la République s'en tient à des suspensions d'opérations électorales, rendues impossibles par les circonstances de guerre[79], ou à des modifications des conditions légales de nomination, de recrutement ou d'engagement, de titularisation et d'avancement dans la fonction publique, non seulement dans les secteurs stratégiques comme l'armée, la médecine militaire, le service vétérinaire aux armées[80], mais aussi dans les secteurs de « l'arrière », comme l'éducation nationale[81], pour remplacer en urgence les fonctionnaires mobilisés. Sous couvert de se cantonner à ces *suspensions* – ou *adaptation* – procédurales, l'Exécutif s'érige parfois en véritable « législateur positif », voire se substitue au Parlement dans des matières pourtant traditionnellement réservées à la loi, quitte à porter les plus sévères atteintes aux garanties légalement instituées. Ainsi, au motif d'une *« extrême difficulté qu'il y [a] à concilier les formes et les délais de procédure fixés par le code de justice militaire avec les nécessités*

[77] Les chambres sont brièvement réunies en session extraordinaire les 22 et 23 décembre 1914, par décret du 12 décembre 1914 (J.O.R.F. du 13 décembre, p.9130), avant que le Président de la République n'en prononce la clôture par décret du 23 décembre 1914.

[78] L'expression est de Charles Eisenmann, commentant la théorie vedélienne des « bases constitutionnelles du droit administratif ». (*Cours de droit administratif,* tome 1, Paris : LGDJ, 1982, 786 pages, spéc. p.175)

[79] Sont ainsi ajournées, au visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, les élections prud'homales (Décret du 24 novembre 1914 ajournant, après la cessation des hostilités, les élections des membres des conseils de prud'hommes (J.O.R.F. du 26 novembre, p.8862 ; Décret du 9 janvier 1915 ajournant les élections des présidents généraux, présidents et vice-présidents des conseils de prud'hommes (J.O.R.F. du 10 janvier, p.160)) ; les élections des membres des tribunaux de commerce (Décret du 11 novembre 1914 ajournant, après la cessation des hostilités, les élections des membres des tribunaux de commerce (J.O.R.F. du 12 novembre, p.8653)) ; les élections des délégués à la sécurité des ouvriers mineurs (Décret du 11 décembre 1914 ajournant les élections des délégués à la sécurité des ouvriers mineurs (J.O.R.F. du 15 décembre, p.9170))

[80] Décret du 16 septembre 1914 relatif à l'engagement des mineurs de vingt ans (J.O.R.F. du 18 septembre, p.7948) ; Décret du 12 novembre 1914 relatif à la nomination à titre temporaire, pendant la durée de la guerre, au grade de sous-lieutenant ou assimilé (J.O.R.F. du 15 novembre, p.8688) ; Décret du 12 novembre 1914 relatif à l'admission des officiers de réserve dans l'armée active (J.O.R.F. du 15 novembre, p.8688) ; Décret du 18 novembre 1914 suspendant pendant la durée de la guerre, pour les nominations à l'emploi de médecin auxiliaire, l'obligation d'avoir accompli un an de service actif et d'avoir subi un examen d'aptitude (J.O.R.F. du 23 novembre, p.8802) ; Décret du 2 décembre 1914 suspendant pendant la durée de la guerre, pour les nominations à l'emploi de vétérinaire auxiliaire, l'obligation d'avoir accompli un an de service actif et d'avoir subi un examen d'aptitude (J.O.R.F. du 7 décembre, p.9023) ; Décret du 3 décembre 1914 relatif au recensement et à la révision de la classe 1916 (J.O.R.F. du 4 décembre, p.8981)

[81] Décret du 14 février 1916 relatif au recrutement et à la nomination des inspecteurs d'académie (J.O.R.F. du 20 février, p.1422)

impérieuses de la discipline et du maintien de l'ordre public »[82], le Gouvernement crée par décret du 6 septembre 1914, au visa de l'article 3 de la loi du 25 février 1875[83], des juridictions militaires répressives – de véritables « cours martiales », qualifiées pudiquement de *« conseils de guerre spéciaux »* – compétentes pour prononcer des peines (allant jusqu'à la peine de mort), réprimant notamment les abandons de poste, insubordinations ou mutilations volontaires[84]. Joseph Barthélemy y voit une des *« atteintes les plus graves que le Gouvernement se soit cru, sous l'empire des circonstances, autorisé à apporter au régime de la légalité »*[85]. Le décret du 6 septembre 1914, en effet, déroge sévèrement au code de justice militaire ; non seulement suspend-il les délais légaux applicables à la procédure devant les conseils de guerre aux armées[86], ainsi que toutes les voies de recours (révision et cassation) – *« Sitôt pris, sitôt condamné et exécuté ! »*[87] – mais surtout modifie-t-il la composition des conseils de guerre en subsistant à la formation à cinq juges, exigée par la loi, une formation à trois juges, prononçant les jugements à 2 voix contre 1. Enfin, le décret du 6 septembre autorise la constitution de ces « conseils de guerre spéciaux » partout où *nécessaire* (fût-ce au niveau d'un bataillon) et sur simple ordre du *généralissime* (c'est-à-dire du général Joffre), par dérogation au code de justice militaire qui subordonne la création des tribunaux militaires à une décision du Ministre de la Guerre et en limite l'établissement aux divisions actives. Ainsi, pour Joseph Barthélemy :

> « il n'y a aucune garantie dans la procédure ; ou plutôt, il n'y a pas de procédure : aucune enquête, aucune instruction, aucun délai entre l'ordre de mise en jugement et la réunion du tribunal ; aucun recours ; la peine, qui pourra être la peine capitale, sera exécutée immédiatement.
>
> En fait, une infraction a été commise qui réclame une répression immédiate et terrible : trois officiers sont réunis par le commandant de l'unité, et si l'inculpé est reconnu coupable par deux d'entre eux, il sera immédiatement passé par les armes.

---

[82] Exposé des motifs, J.O.R.F. du 7 septembre 1914, p.7866

[83] Décret du 6 septembre 1914 relatif au fonctionnement des conseils de guerre (J.O.R.F. du 7 septembre, p.7866). On lit dans l'exposé des motifs : *« J'estime qu'il convient d'assurer l'exécution de la loi, d'une part, en introduisant dans le fonctionnement des conseils de guerre une procédure plus rapide et en donnant à ces tribunaux une composition plus restreinte ; d'autre part, en prévoyant la possibilité de constituer ces conseils dans tous les corps ou unité où le besoin apparaîtrait. »*

[84] v. la lettre du Général commandant en chef à Monsieur le ministre de la Guerre, citée dans le Rapport sénatorial d'Etienne Flandin, (Sénat, 1916, session ordinaire, n°24, p.73) cité par BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1916, p.110-111

[85] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1916, p.110-111. Le 14 août 1941, ces considérations n'empêcheront pas le même Joseph Barthélemy de contresigner, en tant que ministre secrétaire d'Etat à la justice, la loi n°3515 réprimant l'activité communiste ou anarchiste, à l'origine des « sections spéciales ». (J.O.E.F. du 23 août 1941, p.3551)

[86] Notamment le délai de 24 heures exigé entre la citation de l'accusé et la réunion du conseil, permettant la préparation de la défense.

[87] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.561

Très souvent, la trace officielle de la délibération, du jugement, de l'exécution aura disparu. »[88]

En fait, ces « conseils de guerre spéciaux » ont été réunis dans 143 unités et ont prononcé 784 jugements, dont 95 condamnations à mort (pour 83 exécutions)[89]. Leur suppression *« radicale et absolue »*[90] (Etienne Flandin) est votée, à l'unanimité par la Chambre des députés, en décembre 1915, et actée par une loi du 27 avril 1916[91].

144. Bientôt le Gouvernement, conscient de l'hypocrisie, cesse de viser l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 lorsqu'il porte atteinte, par décret, à la législation existante[92]. En décembre 1914, les chambres sont réunies *sans difficulté* en sessions extraordinaires et s'ouvre, le 12 janvier 1915, la session ordinaire ; l'argument de « l'illégalité nécessaire » devient moins évident.

b) De « l'illégalité nécessaire » à l'arbitraire ?

145. A mesure que la guerre se prolonge, devient plus préoccupante la question, non seulement de la *légalité,* mais de la *légitimité* des règlements « de nécessité » édictés par l'Exécutif entre août et décembre 1914. La première question n'est guère controversée ; la doctrine et la jurisprudence s'entendent sur la dérogation portée, à raison des circonstances, à l'ordre constitutionnel des compétences. La seconde occupe bientôt, et dès 1915, une large place dans les débats universitaires.

146. Les réactions doctrinales. Tout le monde s'entend sur la *nécessité* des mesures adoptées par décret dans les premiers mois du conflit mondial. Mais la doctrine diverge sur la question de la *juridicité* de la nécessité[93]. Pour certains auteurs, rappelle François Saint-Bonnet, il existerait un « droit de nécessité » (*Notrecht*), se traduisant par l'idée que

---

[88] *ibid., RDP,* 1916, p.112

[89] Mais aussi 256 acquittements. v. PEDRONCINI, G., « Les cours martiales pendant la Grande Guerre », *Revue historique,* octobre-décembre 1974, n°512, p.393-408, spéc. p.404-405

[90] J.O.D.P., Sénat, page 298 – séance du 12 avril 1916

[91] J.O.R.F. du 28 avril 1916, p.3612

[92] v., par exemple, le décret du 7 janvier 1915 portant interdiction de la vente et de la circulation de l'absinthe et de la régulation de l'ouverture des nouveaux débits de boissons par lequel le Gouvernement porte sévèrement atteinte à la liberté de commerce et d'industrie (J.O.R.F. du 8 janvier, p.133) ; v. encore les décrets du 20 décembre 1916 (J.O.R.F. du 22 décembre, p.10988), d'avril 1917 (susmentionnés) et du 30 novembre 1917 (J.O.R.F. du 5 décembre, p.9835) par lesquels le Gouvernement réglemente l'activité économique, en dépit encore de la liberté de commerce et d'industrie.

[93] Sur cette question, v. SAINT-BONNET, F., « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La grande guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception. », *art. cit.,* p.14 et s. et la bibliographie citée *supra.*

« nécessité fait droit »[94]. Tel est notamment le cas de Maurice Hauriou qui, tout en admettant sans conteste l'illégalité des décrets d'août 1914 – *« il se produit une cassure dans la légalité »*[95] – n'en reconnaît pas moins la légitimité constitutionnelle de la nécessité (une *« super-légalité »* constitutionnelle), se substituant à la légalité ordinaire (*cf. infra,* n°576 s.). Il le reconnaît, dès 1909, dans sa note sous l'arrêt *Winkell*[96], à propos des circonstances de grève (qu'il n'hésite pas à qualifier de *« guerre privée »*) : *« les lois ne sont faites que pour un certain état normal de la société, si cet état normal est modifié, il est naturel que les lois et leurs garanties soient suspendues. (...) [C']est le rôle du pouvoir exécutif de pourvoir aux exigences de la police et du salut de l'Etat par des mesures provisoires, jusqu'à ce que les lois aient pu être faites. »*[97] L'arrêt *Heyriès* lui permet de confirmer ses vues.

147. Il faut bien avouer que cette position est minoritaire dans la doctrine française. Pour la majorité des auteurs, ici selon les mots de Duguit, le « droit de nécessité » est la *« formule naturelle du despotisme et de l'arbitraire »*[98] ; à leurs yeux *« nécessité n'a point de loi »*[99]. Aucune « légalité supérieure » ou « super-légalité constitutionnelle » ne se substitue, fût-ce en temps de guerre, à la légalité ordinaire. *« Si,* écrit Gaston Jèze, *l'autorité publique qui a le pouvoir de fixer les compétences n'a pas apporté de modification, soit à* l'avance *soit au* moment de la crise, *il n'y a absolument aucune raison pour que les compétences soient modifiées : le juriste sort de son rôle en affirmant que l'état des forces sociales et politiques a changé* de plein droit *du fait de la crise (...). »*[100] Pour cette doctrine positiviste, les « règlements de nécessité » n'ont donc aucune existence juridique ; ils sont nuls *ab initio* et, sauf régularisation législative rétroactive, revêtus d'une simple *« valeur de fait »*[101]. Qu'en est-il de leur légitimité – ou plutôt, selon les termes de Carré de Malberg, de leur *« excusabilité »*[102] – pratique ? Jusqu'où peut-on *excuser* le recours à l'illégalité ?

---

[94] SAINT-BONNET, F., « Exception, nécessité, urgence », *art. cit.,* p.676-677

[95] Note sous l'arrêt *Heyriès,* reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, op. cit.,* t.1, p.83

[96] CE, 7 août 1909, *Winkell,* Rec. p.926 et 1296, concl. Tardieu ; *S.* 1909.3.145, concl. Tardieu, note Hauriou ; *RDP,* 1909.494, note Jèze.

[97] HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, op. cit.,* t.2, p.173

[98] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.3, 2e éd., *op. cit.,* p.700

[99] SAINT-BONNET, F., « Exception, nécessité, urgence », *art. cit.,* p.676-677

[100] v. JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre, op. cit.,* p.112 et s., spéc. p.118

[101] ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.,* p.105, note 153 ; v. encore CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.610-623, note 24 ; et p.683-688, note 33.

[102] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit*., p.688, note ; v. aussi, BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *art. cit.,* p.122

148. Au cours de la Première guerre mondiale, la doctrine positiviste ne disconvient pas la nécessité de recourir à l'illégalité ; cependant, comme le reconnaît Joseph Barthélemy, *« le recours à l'illégalité est une mesure dangereuse qu'on ne saurait entourer de trop de restriction et de garanties. »* [103] C'est dans ce contexte, qu'elle bâtit une théorie de « l'illégalité nécessaire », tente d'en fixer le cadre et d'en identifier les critères. Dès 1915, Louis Rolland écrit :

> « Finalement, nous serions assez porté à admettre qu'en temps de guerre la nécessité de se conformer à la loi doit fléchir devant la nécessité d'assurer l'existence de la nation, à condition qu'il y ait péril national, péril imminent, nécessité absolue d'agir en dehors de moyens réguliers et à condition que cette action extra ou illégale soit bien véritablement en conformité avec le bien commun et l'intérêt général. »[104]

Ces trois conditions (péril imminent / impossibilité d'agir légalement / intérêt supérieur de la Nation) sont rapidement partagées par la majorité de ses collègues[105]. Elles figureront peu ou prou au fondement du recours à l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 (*cf. infra,* n°1056 s.). *« Tel est à notre sens la solution de la question des* règlements de nécessité. *Aller plus loin, ce serait tomber dans l'arbitraire. »*[106] (L. Duguit)

149. Or, il faut bien avouer que le recours à l'illégalité devient moins *évident,* donc moins *excusable*, lorsque, à partir de janvier 1915, le Parlement se trouve à nouveau réuni et reprend ses travaux. A cette date, le Gouvernement retrouve la possibilité d'agir légalement et rien ne justifie, désormais, le recours à l'illégalité. La doctrine publiciste ne s'y trompe pas ; si elle admet généralement la légitimité des règlements intervenus entre août et décembre 1914[107],

---

[103] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.575

[104] ROLLAND, L., « L'administration locale et la guerre », *RDP,* 1915, p.106-133, spéc. p.132 ; v. encore, ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *RDP,* 1916, p.587-613, spéc. p.606

[105] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.575 ; v. encore BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *art. cit.,* p.122 ; DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., 1918, *op. cit.,* p.521-522 ; v. aussi, DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.3, 2e éd., *op. cit.,* p.700-705 ; JEZE, G., « Note sous CE, 30 juillet 1915, *Général Verrier* », *RDP,* 1915, p.490

[106] DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., 1918, *op. cit.,* p.525

[107] Pour Léon Duguit, les conditions du recours à « l'illégalité nécessaire » sont réunies : *« sans doute, il n'y avait pas une impossibilité matérielle à réunir le Parlement ; mais il y avait comme une impossibilité morale. Beaucoup de membres de la chambre des députés étaient mobilisés ; beaucoup de sénateurs et de députés étaient retenus par le devoir patriotique dans leur département. »* (DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., 1918, *op. cit.,* p.521). En outre les décrets ont bien été soumis à la ratification (*cf. infra*, n°155 s.). v. néanmoins, les propos de Joseph Barthélemy qui considère, à propos des règlements édictés entre août et décembre 1914, *« qu'il était possible de les prendre d'accord avec le Parlement. (...) En réalité, le Parlement était là ; il était dans tous les cas tout prêt à être convoqué, et tout disposé à donner au Gouvernement, dans les délais le plus bref, les armes qui lui étaient nécessaires. »* (BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *art. cit.,* p.122) ; v. encore BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.571-572

elle reconnaît bien vite le caractère arbitraire de certains décrets postérieurs. Ainsi, à propos du décret du 7 janvier 1915 interdisant l'absinthe et réglementant l'ouverture des débits de boisson, Joseph Barthélemy écrit-il :

> « Il est bien évident que le désir de forcer la main au Parlement a été le seul motif de cette procédure insolite : sans doute, le péril alcoolique est grand ; mais le décret est pris 12 jours après la clôture d'une session parlementaire [108], et 5 jours avant l'ouverture de la session ordinaire[109] : n'avait-on pas pensé au péril alcoolique avant le 22 décembre ? ou bien le péril alcoolique était-il tout d'un coup devenu si effrayant qu'un retard de cinq jours pouvait tout compromettre ? »[110]

A propos des nombreux décrets d'avril 1917, réglementant l'activité économique en limitant la vente et la circulation de certains produits, et portant ainsi atteinte à la liberté de commerce et d'industrie (*cf. supra*, n°144, note 92), Léon Duguit dresse les mêmes constats :

> « Si ces limitations étaient nécessaires, simplement utiles, à la défense nationale, il fallait les édicter ; mais le parlement seul le pouvait. Qu'on n'invoque pas l'obligation de pourvoir à des nécessités urgentes ; le parlement était réuni : la chambre a organisé une procédure d'extrême urgence pour le vote des lois, quand le gouvernement la lui demande. Rien n'autorisait le gouvernement à sortir de la légalité constitutionnelle. »[111]

150. Dès janvier-février 1915, la doctrine appelle donc au retour de l'ordre constitutionnel des compétences. Dans une conférence prononcée, à cette date, à l'Ecole des hautes études en sciences sociales, Joseph Barthélemy se livre – en dépit des circonstances de guerre – à un véritable plaidoyer en faveur du principe de légalité :

> « Messieurs, je me rends parfaitement compte que mes scrupules de légalité peuvent paraître mesquins, ridicules, comiques en présence de la grandeur et de la gravité des évènements… (…) Je vous demande cependant de ne pas dédaigner le respect de la loi : c'est la garantie de l'ordre, de la liberté, de la prospérité et de la grandeur d'un pays. Le Gouvernement doit être le premier à en donner l'exemple ; autrement, au sabotage gouvernemental de la légalité, ne tarderait pas à correspondre le sabotage anarchiste d'en bas. (…) Le monde n'est pas au bout de ses émerveillements : après la France héroïque, après la France unie par le ciment de l'union sacrée, il va pouvoir admirer la France qui sait garder jusque dans les heures les plus difficiles, le goût et les mœurs de la liberté »[112].

Il est rejoint par Louis Rolland qui se livre au même plaidoyer, et regrette quant à lui, dès 1915, que les autorités locales, surtout les maires, aient fait *« parfois un peu trop bon marché*

---

[108] La session extraordinaire des 22 et 23 décembre 1914.

[109] La session ordinaire qui s'ouvre le 12 janvier 1915.

[110] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.564 ; v. encore BARTHELEMY, J., « Le gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire,* avril 1917, p.5-20, spéc. p.17 et s.

[111] DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., 1918, *op. cit.,* p.525

[112] BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *art. cit.,* p.129-130

de la légalité. »[113] De son côté, Gaston Jèze appelle, en 1917, les tribunaux à assurer le strict respect du principe de légalité et à s'engager, le cas échéant dans le contrôle de constitutionnalité :

> « Le juriste doit considérer comme illégaux, inconstitutionnels tous les actes accomplis en violation des compétences constitutionnelles ou légales ; les responsabilités civiles et pénales sont encourues par les agents qui ont méconnu leur compétence ; les tribunaux, en tant que cela rentre dans leur compétence, ont le devoir de déclarer irréguliers les actes ainsi faits et d'en tirer les conséquences fixées par la législation en vigueur. »[114]

151. Les réponses contentieuses. Ce contrôle, les tribunaux judiciaires n'ont pas hésité à l'opérer. Ainsi les Tribunaux correctionnels de Toulouse et de Lyon, en 1915, et la Cour de cassation, en 1916, déclarent illégal[115], et refusent d'appliquer, le décret du 7 janvier 1915 interdisant la vente et la circulation d'absinthe[116]. Le Conseil d'Etat se montre moins exigeant ; le décret du 30 novembre 1917 relatif à la consommation du pain, à la réquisition des céréales et à la fabrication de la farine, réglementant l'activité économique et portant gravement atteinte à la liberté de commerce et d'industrie, est validé par la Section du contentieux, au visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875[117]. La Cour de cassation, quant à elle, le déclare illégal, et refuse de l'appliquer, dès mai 1918[118]. La juridiction judiciaire se prononce encore dans ce sens à propos du décret du 3 mai 1917 relevant, en dépit de la législation existante, le taux du blutage des farines à 85 %[119]. Dans cette lignée, le 8 novembre 1917, la Cour d'appel de Nîmes déclare illégal et refuse d'appliquer, le décret du 19 avril 1917 réglementant la fabrication et la vente de la pâtisserie[120]. Ainsi, à mesure que s'installe un *« parlementarisme de guerre »* (F. Bock), « l'illégalité nécessaire » est moins évidente. Le Gouvernement, exhorté en ce sens par la

---

[113] ROLLAND, L., « L'administration locale et la guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.128 et s., spéc. p.129-130

[114] JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre, op. cit.,* p.118

[115] A cette époque, la Cour de cassation se reconnaît compétente, non seulement pour interpréter, mais pour apprécier la validité des règlements administratifs. (Cass., 24 octobre 1917, *S.* 1918.I.193, note Duguit). En 1923, le Tribunal des conflits met fin à cette pratique (TC, 16 juin 1923, *Septfonds,* Rec. p.498 ; *S.* 1923.III.49, note Hauriou ; *D.* 1924.III.41, concl. Matter)

[116] Tribunal correctionnel de Toulouse, 17 février 1915, *Gazette des tribunaux du midi,* 23 mai 1915 ; Tribunal correctionnel de Lyon, 25 février 1915, *Gazette des tribunaux,* 31 mars 1915 ; *Le Droit,* 30 mai 1915, cités par SAINT-BONNET, F., « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité », *art. cit.,* p.10 ; Cass., crim., 30 novembre 1916 ; *D.* 1917.I.43 ; Cass., crim., 5 janvier 1917, *D.* 1917.I.44

[117] CE, 14 mai 1920, *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine,* Rec. p.499

[118] Cass., 31 mai 1918, *Gazette du Palais,* 29 juin 1918

[119] Décret du 3 mai 1917 relatif à la fabrication et au commerce de la farine (J.O.R.F. du 5 mai, p.3592) ; Cass., crim., 3 novembre 1917, *Réault, S.,* 1917.I.145. La Cour de cassation confirme ainsi l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges, rendu le 30 novembre 1917, confirmant lui-même le jugement du Tribunal correctionnel de Saint-Amand, du 22 août.

[120] Cour d'appel de Nîmes, 8 novembre 1917, *RGA,* 1919, p.87

doctrine et contraint par la jurisprudence judiciaire, doit renouer avec la légalité constitutionnelle. Ces considérations – qualifiées par David Dyzenhaus de *« compulsion de légalité »*[121] – ouvrent une deuxième phase dans le constitutionnalisme de la Première guerre mondiale : celle du recours à la législation d'exception.

152. Conclusion. L'impréparation juridique de la République parlementaire à la guerre, l'ajournement des travaux des Chambres dès le début du conflit et la ferveur de « l'Union sacrée » ouvrent une période, d'août 1914 à décembre 1914, rapidement qualifiée – ici par Pierre Renouvin – de *« régime des décrets »*[122], voire de *« dictature de l'Exécutif »*[123] (J. Barthélemy). Mais la « guerre de positions » change la donne ; le conflit s'inscrit dans la durée et le front se stabilise loin de Paris. Rien ne justifie désormais l'ajournement des Chambres, et – lorsqu'elles se réunissent en session ordinaire, pour ne plus se séparer, à partir du 12 janvier 1915 – « l'illégalité » devient moins nécessaire, et moins justifiable. La doctrine et la jurisprudence ne s'y trompent pas. Le Gouvernement comprend qu'il doit désormais agir sur le fondement de lois d'habilitation.

B- VERS UNE LEGISLATION D'EXCEPTION

153. L'année 1915 ouvre une nouvelle étape dans le constitutionnalisme de guerre. Désormais les Chambres sont réunies en session ordinaire et ne se sépareront plus. S'installe alors un *« parlementarisme de guerre »* (F. Bock) : le Parlement reprend ses activités de législation et de contrôle ; les auditions se multiplient, les missions d'information parlementaire se déploient jusque sur le front ; en juin 1916 se déroule le premier comité secret à la Chambre des députés ; en novembre 1917, le Cabinet Painlevé est renversé[124]. Ce retour à l'ordre constitutionnel induit, pour Gouvernement, la possibilité d'agir *légalement* ; elle se traduit par l'élaboration de lois d'habilitation, régularisant ou autorisant, l'extension du

---

[121] C'est-à-dire, selon l'auteur, *« l'instinct qui consiste à montrer que tous les actes du pouvoir public sont autorisés par le droit. »* La « compulsion de légalité » se traduit par *« la nécessité d'établir un cadre juridique, que ce soit de façon prospective ou rétrospective, dans lequel les officiels puissent agir. »* (DYZENHAUS, D., « L'état d'exception », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2, Distribution des pouvoirs,* Paris : Dalloz, 2012, 805 pages, spéc. p.740 et p.761

[122] RENOUVIN, P., *Les formes du gouvernement de guerre,* Paris : Presses universitaires de France ; New Haven : Yale University Press, 1925, 185 pages, spéc. p.97

[123] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 1915, p.564

[124] Sur ces différents épisodes, v. BOCK, F., *Un parlementarisme de guerre : 1914-1919, op. cit.* ; ROUSSELLIER, N., « Le Parlement français et la Première Guerre mondiale », *Parlement[s], revue d'histoire politique,* n°10, 2008, p.13-30 ; LEMAIRE, E., « Le désaccord du Parlement et du Gouvernement sur « La Constitution du pouvoir politique en temps de guerre », *art. cit.,* spéc. p.1-7

pouvoir réglementaire de circonstances (1), qui préfigurent l'adoption – consacrée en 1939 – d'une législation générale et permanente pour le temps de guerre (2).

1) La recherche d'une habilitation légale

154. L'ouverture de la session ordinaire, le 12 janvier 1915, marque le retour d'une certaine orthodoxie constitutionnelle. A la phase de l'extension spontanée et désordonnée[125] du pouvoir réglementaire, depuis août 1914, succède celle de la recherche de l'habilitation légale. La France s'engage donc, à son tour, mais timidement, dans la voie d'une « légalité de circonstances »[126] ; bientôt, les lois d'habilitation remplacent les lois de validation (a) mais le Parlement refuse toujours la perspective des pleins-pouvoirs, lorsque Briand les sollicite en décembre 1916 (b).

a) De l'intervention parlementaire ex post *à l'intervention parlementaire* ex ante

155. L'intervention parlementaire *ex post* : les lois de régularisation. A l'illégalité nécessaire succède la régularisation forcée. L'année 1915 est effectivement celle des *lois de régularisation,* ayant pour objet de valider *ab initio* les décrets édictés illégalement entre août et janvier 1915. Le Parlement intervient ici *ex post* ; c'est le système des *« bills of indemnity »* britanniques. Le législateur couvre *a posteriori* et rétroactivement l'illégalité commise par l'Exécutif, en le déchargeant de ses responsabilités politique, civile ou pénale. En réalité, le Parlement est mis devant le fait accompli et n'a d'autre choix, sauf à fragiliser l'effort de guerre, de régulariser les décrets. Ainsi se multiplient, dès la réunion des Chambres, les lois de *régularisation* (souvent qualifiées lois de « ratification » ou loi de « validation »). Dès décembre 1914, le Gouvernement – qui avait largement outrepassé les pouvoirs financiers qu'il tenait de la loi du 5 août 1914 – obtient l'absolution par le vote de la loi de finances pour 1915[127]. Son décret du 7 janvier 1915, portant interdiction de la fabrication, de la vente et de la circulation de l'absinthe (*cf. supra*, n°144, note 92), est régularisé par une loi éponyme

[125] Ces deux adjectifs sont employés par Elina Lemaire, v. « Le désaccord du Parlement et du Gouvernement sur « La Constitution du pouvoir politique en temps de guerre », *art. cit.,* p.12

[126] L'expression est de Maurice Hauriou (*Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.449)

[127] Loi du 26 décembre 1914 portant : 1° ouverture, sur l'exercice 1915, des crédits provisoires applicable au premier semestre de 1915 ; 2° autorisation de percevoir, pendant la même période, les impôts et revenus publics (art. 14) (J.O.R.F. du 28 décembre, p.9392)

datée du 16 mars 1915[128]. Le 30 mars 1915, le législateur « ratifie, [sans débat], pour leurs dispositions avoir force de loi, » 34 décrets d'organisation militaire édictés entre août et décembre 1914, parmi lesquels les décrets suspendant, pour la durée de la guerre, diverses garanties légales pour les fonctionnaires et militaires, et le décret portant création des « conseils de guerre spéciaux » (*cf. supra*, n°143)[129] On peut encore mentionner les lois du 17 mars 1915, du 10 avril 1915, du 16 avril 1915, du 26 août 1915, du 30 septembre 1915, du 15 novembre 1915, du 29 novembre 1915[130], etc. ayant exactement le même objet : la régularisation des décrets de 1914.

156. Ces lois sont improprement appelées lois de « ratification », ou de « validation ». En réalité, comme le relève bientôt la doctrine, notamment Carré de Malberg en 1920 : *« on ne peut ratifier ce qui est nul »*[131]. L'acte *inexistant* ne peut souffrir d'aucune espèce de ratification ou validation ; car les lois constitutionnelles du 25 février 1875 interdisent toute forme *« d'habilitation rétroagissante »*[132]. En revanche, le législateur peut, sans inconstitutionnalité, se réapproprier rétroactivement le *negotium* du règlement illégal ; *« il a la faculté,* écrit Carré de Malberg, *d'édicter ces dispositions en vertu de sa propre puissance légiférante et à titre de prescriptions législatives (...) Ainsi, ce qui est conservé, ce n'est pas le décret lui-même, ce sont uniquement ses dispositions. »*[133] Bien que satisfaisante sur le plan

---

[128] Loi du 16 mars 1915 relative à l'interdiction de la fabrication, de la vente en gros et au détail, ainsi que de la circulation de l'absinthe et des liqueurs similaires (J.O.R.F. du 17 mars, p.1407)

[129] Loi du 30 mars 1915 portant ratification de décrets réglant diverses mesures d'organisation militaire (J.O.R.F. du 31 mars, p.1748)

[130] Loi du 17 mars 1915 portant conversion en loi du décret du 10 janvier 1915, relatif au payement du montant des réquisitions de navires (J.O.R.F. du 19 mars, p.1447) ; Loi du 10 avril 1915 ayant pour objet la régularisation : 1° du décret du 24 novembre 1914, relatif à l'ajournement des élections des membres des conseils de prud'hommes ; 2° du décret du 9 janvier 1915 relatif à l'ajournement des élections des présidents généraux, présidents et vice-présidents des conseils de prud'hommes (J.O.R.F. du 13 avril, p.2147 ; Loi du 16 avril 1915 portant ratification des décrets ayant pour objet d'établir des prohibitions de sortie ou de suspendre les droits d'entrée sur diverses marchandises (J.O.R.F. du 18 avril, p.2325) ; Loi du 16 avril 1915 portant approbation de divers décrets prohibant certains produits à la sortie des colonies et protectorats autres que la Tunisie et le Maroc (J.O.R.F. du 18 avril, p.2327) ; Loi du 26 août 1915 portant ratification de décrets ayant pour objet d'établir des prohibitions de sortie, de réduire ou de suspendre les droits d'entrée, de suspendre la surtaxe d'entrepôt sur diverses marchandises (J.O.R.F. du 29 août, p.6060) ; Loi du 30 septembre 1915 régularisant : 1° le décret du 11 novembre 1914 relatif à l'ajournement, jusqu'après la cessation des hostilités, des élections des membres des tribunaux de commerce de France ; 2° le décret du 9 janvier 1915, relatif à l'ajournement, jusqu'après la cessation des hostilités, des élections des membres des tribunaux de commerce d'Algérie (J.O.R.F. du 2 octobre, p.7031) ; Loi du 15 novembre 1915 portant ratification de décrets ayant pour objet d'édicter diverses prohibitions de sortie (J.O.R.F. du 17 novembre, p.8293) ; Loi du 29 novembre 1915 portant ratification de divers décrets prohibant certains produits à la sortie des colonies et protectorats autres que la Tunisie et le Maroc (J.O.R.F. du 2 décembre, p.8754)

[131] ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.,* p.105, note ; v. surtout, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit*., p.685, note

[132] CARRE DE MALBERG, R., *id.,* p.687, note.

[133] *ibid.,* p.687-688, note

théorique, cette construction doctrinale est légèrement captieuse ; car *en pratique,* l'action gouvernementale (fût-elle dénuée de valeur juridique) précède encore l'action législative. La démarche n'en reste pas moins contraire aux lois constitutionnelles de 1875 qui imposent au règlement d'être *chronologiquement* postérieur à la loi formelle[134]. A l'année, 1915, des lois de régularisation succèdent, donc, les années des lois d'habilitation.

157. L'intervention parlementaire *ex ante* : les lois d'habilitation. Progressivement, et sous la pression doctrinale et judiciaire (*cf. supra*, n°145 s.), le constitutionnalisme de guerre renoue avec le principe de l'habilitation légale. A mesure que la guerre se prolonge, les questions du ravitaillement et de l'armement deviennent critiques ; elles imposent une intervention rapide de l'Etat dans l'économie, pour encourager, coordonner, voire diriger l'initiative privée, sinon se substituer à elle[135]. Ces mesures supposent de porter atteinte, non seulement à la liberté du commerce et de l'industrie, mais à la liberté professionnelle, au droit de propriété etc., et exigent, pour être efficaces, l'établissement de sanctions pénales. En 1916, ces considérations conduisent le Gouvernement à solliciter du législateur le pouvoir d'intervenir, en ses lieu et place, pour réguler l'activité économique. Les lois d'habilitation se multiplient ; dès le 16 octobre 1915, l'Exécutif obtient du Parlement le droit – que lui confirme une loi du 25 avril 1916 – de réquisitionner le blé et la farine, et à fixer par décret le prix des farines[136]. Les lois des 17 avril 1916, 29 juillet 1916 et 7 avril 1917 l'autorisent à taxer les blés et céréales[137] ; la loi du 20 avril 1916, les denrées et substances[138] ; la loi du 22 avril 1916, les charbons[139] ; la loi du 30 octobre 1916, les beurres, fromages et tourteaux alimentaires[140] ; les lois des 6 octobre 1916 et 7 avril 1917 l'autorise à ordonner la mise en culture les terres abandonnées et à organiser le travail agricole[141] ; la loi du 3 août 1917

---

[134] *ibid.,* p.576, note et p.685, note. *cf. infra,* n°485 s.

[135] v., RENOUVIN, P., *op. cit.,* p.51 et s.

[136] Loi du 16 octobre 1915 portant ouverture au ministre du commerce, de l'industrie, des postes et des télégraphes, sur l'exercice 1915, de crédits additionnels aux crédits provisoires, pour procéder à des opérations d'achat et de vente de blé et de farine pour le ravitaillement de la population civile (J.O.R.F. du 17 octobre, p.7441) ; Loi du 25 avril 1916 relative au ravitaillement de la population civile en blés et farines (J.O.R.F. des 24, 25 et 26 avril, p.3500)

[137] Loi du 17 avril 1916 sur la taxation de l'avoine, du seigle, de l'orge, des sons et des issues (J.O.R.F. du 19 avril, p.3313) ; loi du 29 juillet 1916 relative à la taxation et à la réquisition des céréales, (J.O.R.F. du 30 juillet, p.6748) ; loi du 7 avril 1917 relative à la taxation du blé (J.O.R.F. du 8 avril, p.2765)

[138] Loi du 20 avril 1916 sur la taxation des denrées et substances (J.O.R.F. du 21 avril, p.3375)

[139] Loi du 22 avril 1916 sur la taxation des charbons et la limitation des frets pour le transport de charbons sous pavillon français (J.O.R.F. du 23 avril, p.3443)

[140] Loi du 30 octobre 1916 sur la taxation des beurres, des fromages et des tourteaux alimentaires (J.O.R.F. du 31 octobre, p.9476)

[141] Loi du 6 octobre 1916 sur la mise en culture des terres abandonnées et l'organisation du travail agricole pendant la guerre (J.O.R.F. du 8 octobre, p.8835) ; Loi du 7 avril 1917 relative à la mise en culture des terres abandonnées (J.O.R.F. du 8 avril, p.2764)

l'habilite à prononcer la réquisition civile de tout objet nécessaire à l'alimentation, l'habillement, l'éclairage et le chauffage de la population civile, et de toute matière ou tout établissement industriel ou commercial servant à la production, la fabrication, la manipulation ou la conservation dudit objet[142]. En somme, le « parlementarisme de guerre » révèle bientôt l'incapacité du Parlement à faire face, seul, à la conduite de l'économie de guerre. Malgré la multiplicité des lois d'habilitation, les pouvoirs du Gouvernement semblent encore insuffisants ; en particulier en matière pénale. Ce constat conduit Aristide Briand à solliciter, en décembre 1916, les pleins-pouvoirs pour le temps de guerre. Ils lui sont vigoureusement refusés par le Parlement.

b) Le refus des pleins-pouvoirs au ministère Briand

158. L'épisode est bien connu[143]. En 1916, la guerre s'enlise dans la bataille de Verdun. En décembre, selon les mots mêmes d'Aristide Briand[144], le Gouvernement entend pourvoir à la direction de la guerre *« d'une manière plus efficace »*, en resserrant la composition du Cabinet, en réorganisant le commandement militaire et en créant un « comité de guerre » sur le modèle britannique[145]. Le 15 décembre 1916, sur le bureau de la Chambre des députés, il dépose un projet de loi dont l'article unique est ainsi conçu :

> « Jusqu'à la cessation des hostilités, le Gouvernement est autorisé à prendre, par décrets rendus en Conseil des ministres, toutes mesures qui, par addition ou dérogation aux lois en vigueur, seront commandées par les nécessités de la Défense nationale, en ce qui concerne la production agricole et industrielle, l'outillage des ports, les transports, le ravitaillement, l'hygiène et la santé publique, le recrutement et la main-d'œuvre, la vente et la répartition des denrées et produits, leur consommation.
>
> Au cas où l'un de ces décrets nécessiterait une ouverture de crédits, la demande en serait déposée dans la huitaine.

[142] Loi du 3 août 1917 relative aux réquisitions civiles (J.O.R.F. du 4 août, p.6044)

[143] v., en particulier, LEMAIRE, E., « Le désaccord du Parlement et du Gouvernement sur « La Constitution du pouvoir politique en temps de guerre » : l'échec du projet Briand sur les décrets-lois (décembre 1916-janvier 1917) », *art. cit.,* ; pour un regard historique, v. BARTHELEMY, J., « Le gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif », *art. cit.,* ; ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP,* 1918, p.542-580, spéc. p.552 ; DUGUIT, L., *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., 1918, p.518-519 ; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.602-608, note ; RENOUVIN, P., *op. cit.,* p.98-102

[144] Démissionnaire le 9 décembre, Aristide Briand est renommé ministre des affaires étrangères, président du Conseil par décret du 12 décembre 1916 (J.O.R.F. du 13 décembre, p.10736)

[145] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3637 – séance du 13 décembre 1916

> Il pourra être appliqué à chacun de ces décrets des pénalités à fixer dans des limites qui ne dépasseront pas six mois d'emprisonnement et dix mille francs d'amende. »[146]

Ce projet méritait d'être reproduit en intégralité, tant il préfigure – pour la première fois dans l'histoire de la République parlementaire – la pratique, bientôt généralisée, des projets de lois de pleins-pouvoirs et pouvoirs spéciaux (*cf. infra,* §2). L'hostilité au projet est vigoureuse et unanime, tant au Parlement, que dans la presse et en doctrine.

159. L'hostilité au projet Briand est avant tout *politique*. Les pleins-pouvoirs heurtent, au plus profond d'elle-même, *l'idée républicaine* (C. Nicolet) (*cf. supra,* n°35 s.) ; ils font figure de *« hantise »* qui réveille le triple spectre du « coup d'Etat », des « restaurations », et du « césarisme »[147]. En 1916, le pouvoir personnel fait toujours l'objet, y compris pendant la guerre, de repoussoir absolu. Les débats parlementaires en témoignent. Dès le 13 décembre 1916, le député Anatole de Monzie s'inquiète des annonces du président du Conseil : *« c'est un essai de dictature que va tenter le Gouvernement »*[148] Le 15 décembre, s'élèvent, à la Chambre, les plus vives résistances : *« c'est le plébiscite après le coup d'Etat »*[149] déclare Henri Labroue ; Aristide Briand est comparé à *« Bonaparte »*[150] ; on craint *« l'expulsion du Parlement par les grenadiers »*[151]. Louis-Lucien Klotz, au nom de la commission du budget, y voit *« l'abdication complète du Parlement »*[152] ; *« le prince-président n'a pas osé aller jusque-là »*[153] (H. Labroue) ; *« où veut-on nous conduire avec des procédés de ce genre ? A un régime d'arbitraire gouvernemental. »*[154] (L.-L. Klotz) ; *« c'est une comédie ! »* (A. Lebey) ; Adéodat Compère-Morel y voit un projet *« aussi anti-démocratique et anti-républicain qu'anti-socialiste »*[155] ; Pierre Laval *« une négation des droits du Parlement »*[156].

---

[146] Dans sa version initiale, le projet mentionnait l'adverbe « notamment » en tête de l'énumération des matières à réguler par décret. Ce mot – qui conférait à la liste un caractère purement *indicatif* – est supprimé à l'oral par le président du Conseil, lors de la séance du 15 décembre. (J.O.D.P., Chambre des députés, page 3685 – séance du 15 décembre 1916)

[147] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267-270

[148] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3650 – séance du 13 décembre 1916

[149] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3685 – séance du 15 décembre 1916

[150] Propos du même orateur, *ibid.*

[151] Propos d'Emile Goude, *ibid.*

[152] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3686 – séance du 15 décembre 1916

[153] *ibid.*

[154] *ibid.* Il ajoute : *« Contre la légende qui tendait à discréditer le Parlement, nous pouvions encore rester dédaigneux ; mais contre les actes qui mettent en péril ses droits, nous protestons. »* C'est au cri de *« Vive la République »* et sous les applaudissements « vifs et prolongés » d'un grand nombre de bancs à gauche, au centre et sur plusieurs bancs du parti socialiste que Louis-Lucien Klotz regagne son siège (*ibid.*).

[155] *ibid.*

[156] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3690 – séance du 15 décembre 1916

Devant cette hostilité, le projet est renvoyé devant une commission spéciale[157]. Son rapporteur, Maurice Viollette, multiplie les allusions au 18 Brumaire et à la Constitution de l'an VIII, aux décrets-lois napoléoniens et aux ordonnances royales[158] ; le projet aboutirait à :

> « organiser un second pouvoir législatif, à côté du premier qui continuerait pourtant à subsister avec toutes ses prérogatives puisque la Constitution et l'article 3 [de la loi du 25 février 1875] ne seraient pas abrogés, c'est fatalement l'incohérence, le chaos et le conflit perpétuel. (…)
>
> Avec un tel texte, se combinant avec les rigueurs de l'état de siège et celles de la censure, toutes les libertés se trouveraient dans les mains du Gouvernement. Il disposerait à son gré des personnes et des biens. Au bout de deux mois de ce régime, il n'y aurait plus que deux issues possibles : le coup d'Etat ou la Révolution. »[159]

Face à de tels arguments – que déploieront, dans les mêmes termes, les adversaires aux articles 34 et 37 du projet constitutionnel en 1958 (*cf. infra,* n°1104 s.) – la Chambre des députés abandonne le projet. Le Sénat n'en délibère même pas.

160. La controverse *constitutionnelle* ne tarde pas à suivre la controverse politique. A la Chambre, le grief d'inconstitutionnalité est immédiatement avancé. Pour Maurice Viollette, le projet Briand, *« constitue une violation formelle de la loi du 25 février 1875 »*[160] ; il y voit une « délégation » du pouvoir législatif absolument incompatible avec les principes du droit public français. En doctrine, Joseph Barthélemy avance les mêmes arguments[161], que dément catégoriquement Louis Rolland, bientôt suivi par Carré de Malberg[162], qui n'y voit qu'une extension (certes inconstitutionnelle, car inconditionnée) du pouvoir réglementaire du Président de la République. Ces débats juridiques demeurent, à cette époque, relativement isolés. Ils retrouveront une actualité, dans les années 1920-1930, lorsque se multiplieront les lois de pleins-pouvoirs. (Sur la constitutionnalité du procédé, *cf.* partie 2, titre 1, chapitre 1).

161. L'épisode de décembre 1916 est donc incontestablement un échec pour le Gouvernement. Mais, il rendra plus acceptable les pouvoirs-spéciaux sollicités, *« avec*

---

[157] Sur les travaux de cette commission, v. LEMAIRE, E., « Le désaccord du Parlement et du Gouvernement sur « La Constitution du pouvoir politique en temps de guerre » : l'échec du projet Briand sur les décrets-lois (décembre 1916-janvier 1917) », *art. cit.,* p.20 et s.

[158] VIOLLETTE, M., « Rapport fait au nom de la Commission chargé d'examiner le projet de loi autorisant le Gouvernement jusqu'à la cessation des hostilités, à prendre toutes mesures commandées par les nécessités de la défense nationale », n°2836, Chambre des députés, Annexe au procès-verbal de la séance du 29 décembre 1916, 80 pages, spéc. p.58 et s., et p.64 et s. ; *« le régime des décrets-lois est en réalité un régime de coup d'Etat »* (p.64) ; *« Louis XIV, n'aurait pas osé aller jusque-là »* (p.65)

[159] *ibid.,* p.64 et p.69

[160] *ibid.,* p.67. Maurice Viollette appuie sa démonstration sur les travaux d'Esmein (p.68)

[161] BARTHELEMY, J., « Le gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif », *art. cit.,* p.9

[162] ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.*; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.602-608, note

prudence et modération »[163] par Georges Clémenceau, en novembre 1917 ; d'une part, leur objet est, cette fois, strictement limité à la matière du *ravitaillement* ; d'autre part, les décrets – qui ne pourront édicter aucune pénalité – devront être soumis à la *ratification* des Chambres dans le délai d'un mois. Les parlementaires ne s'y trompent pas[164] et la loi du 10 février 1918[165] est adopté dans un relatif œcuménisme. Près de 80 décrets seront édictés, jusqu'en 1919, sur son fondement, l'érigeant en première des grandes lois de pouvoirs spéciaux du XXe siècle.

2) Vers une habilitation législative permanente pour le temps de guerre

162. Au sortir de la guerre, on commence à mesurer quelles sont *« les modifications que l'état de fait a provoquées, de 1914 à 1918, dans l'organisation des pouvoirs publics et des services publics »* [166] ; on s'interroge sur les *« formes du gouvernement de guerre »* (P. Renouvin). On réalise que la guerre moderne bouleverse les fonctions politico-sociales de l'Etat, et implique une redéfinition profonde de ses fonctions juridiques :

> « Guerre de peuples, conflit mondial, guerre d'effectifs, guerre de matériel, guerre scientifique, guerre totale absorbant toutes les ressources humaines et matérielles de nations entières, bouleversant l'univers, abolissant progressivement l'antique distinction entre les civils et les militaires, les jetant tous dans la lutte sous des formes diverses et ne choisissant plus les victimes, suspendant l'activité productrice pendant des années, ou ne l'orientant que vers des œuvres de mort. »[167]

On perçoit qu'il faut – dès le temps de paix – prévoir l'adaptation des institutions républicaines à l'état de guerre, dans le sens d'un renforcement des prérogatives de l'Exécutif. Dès 1924, est imaginé un projet de loi « sur l'organisation générale de la nation en temps de guerre ». Déposé sur le bureau de la Chambre des députés, le 7 juillet 1925, par Paul Painlevé, il est discuté en 1927 et 1928 par les deux chambres, avant d'être abandonné. Il est, de nouveau, présenté aux chambres le 21 juin 1935 et deviendra la loi du 11 juillet 1938[168-169].

---

[163] Propos du ministre du ravitaillement, Victor Boret (J.O.D.P., Chambre des députés, page 3650 – 1ère séance du 28 décembre 1917)

[164] v. l'analyse des débats proposée par Louis Rolland (« Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.*, spéc. p.571 et s.)

[165] Loi du 10 février 1918 établissant des sanctions aux décrets et arrêtés rendus pour le ravitaillement national. (J.O.R.F. du 12 février, p.1515)

[166] Selon les mots de James T. Shotwell dans sa préface au livre de Pierre Renouvin, *Les formes du gouvernement de guerre, op. cit.,* p.XII

[167] PAUL-BONCOUR, J. « Rapport sur le projet de loi sur l'organisation de la nation en temps de guerre », Chambre des députés, Documents parlementaires, 1927, p.257

[168] Loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre (J.O.R.F. du 13 juillet, p.8330)

Dès sa version d'origine[170], le projet de loi érige le Gouvernement en « responsable de la défense nationale », « chargé de la direction de la guerre », et lui octroie de larges habilitations, pour agir dès le temps de paix, en matière de *réquisitions*, de *recensement*, de *réglementation de l'économie,* et en matière *financière,* pour préparer la guerre.

163. En 1939, il est acquis qu'il appartiendra à l'Exécutif de conduire la guerre[171], que l'on sent irrésistiblement s'approcher. A la suite de l'annexion des Sudètes par l'Allemagne nazie, en septembre 1938, une loi du 19 mars 1939 habilite, jusqu'au 30 novembre, le Gouvernement Daladier à « prendre les mesures nécessaires à la défense du pays »[172]. L'habilitation, définie par son *but*, et non par référence aux *objets* à réguler, est extrêmement vaste. Edouard Daladier en fait d'ailleurs le plus large usage et édicte, son sur fondement, près de 150 décrets-lois (la plupart d'organisation militaire), dont certains resteront tristement célèbres, à l'instar du décret-loi du 26 septembre 1939 portant dissolution des organisations communistes. Ainsi, lorsque la France déclare la guerre à l'Allemagne, le 3 septembre 1939, l'essentiel de la fonction législative est déjà exercé par l'Exécutif depuis plusieurs mois. L'entrée en guerre confirme cet état de fait. Réunies en session extraordinaire le 2 septembre, les Chambres – appelées par le Président de la République, Albert Lebrun, à *« l'union des citoyens, plus sacrée que jamais »*[173] – ajournent leurs travaux et s'en remettent au Gouvernement pour la conduite de la guerre[174]. Convoquées en session extraordinaire le 27 novembre 1939, elles reconduisent, pour la durée des hostilités, les pleins-pouvoirs au Gouvernement[175]. Elles ne se réuniront plus que par éclipse jusqu'au 10 juillet 1940.

164. Incontestablement, la République parlementaire sort renforcée de la Première guerre mondiale. Pour la première fois, depuis 1792, une constitution survit et fait face, sans chuter, à l'invasion et l'occupation du territoire par des troupes ennemies. Entre 1914 et 1918, les

---

[169] v. l'historique de la loi du 11 juillet 1938, présenté par Jacques Doublet, auditeur au Conseil d'Etat, au *Recueil Dalloz,* 4e partie, 1939, p.209-210

[170] Projet de loi sur l'organisation générale de la nation pour le temps de guerre, adopté par la Chambre des députés – Documents du Sénat, séance du 24 mars 1927, annexe n°151

[171] v., BONNARD, R., « Le droit public et la guerre », *RDP,* 1939, p.549-647 ; MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Gouvernement de guerre », *Revue politique et parlementaire,* 1940, p.129-141, spéc. p.139

[172] Loi du 19 mars 1939 tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs spéciaux (J.O.R.F. du 20 mars, p.3646)

[173] Chambre des députés, page 1950 – séance du 2 septembre 1939

[174] L'ajournement *sine die* est expressément prononcé par le président du Sénat, Jules Jeanneney, le 2 septembre 1939 (J.O.D.P., Sénat, page 645 – séance du 2 septembre 1939) ; il est un simple état de fait à la Chambre des députés.

[175] Loi du 8 décembre 1939 modifiant l'article 36 de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre. (J.O.R.F. du 10 décembre, p.13834)

institutions libérales montrent, non seulement leur *adaptabilité* aux circonstances du conflit armé, mais aussi leur capacité à *conduire* la guerre et à *assurer* la victoire. Mais la République parlementaire sort durablement transformée de l'épreuve de la guerre. Sans doute, cette influence n'est-elle pas immédiatement perceptible ; l'on assiste à *« aucune révolution visible »*[176] dans les institutions constitutionnelles et administratives. Cependant, comme le remarque Pierre Renouvin dès 1925, la guerre provoque une *« transformation des mentalités »*[177] : elle révèle les *« lacunes et faiblesses »*[178] de l'organisation constitutionnelle ; la République n'est pas juridiquement préparée à la guerre, la machine gouvernementale est *« mal conçue et mal montée »* comme le remarque Léon Blum, dès 1917[179] ; la loi parlementaire inadaptée à la conduite des opérations militaires, et à la direction de l'économie de guerre. Bref, la Première guerre mondiale, crise sans précédent dans l'histoire de la République parlementaire, révèle un besoin *d'unité* et *d'action* ; le pouvoir réglementaire en constitue l'instrument. Les crises de l'entre-deux guerres confirment cette tendance.

§2. L'épreuve des crises de l'entre-deux guerres

165. Loin de disparaître avec l'armistice, les « formes du gouvernement de guerre » survivent à la guerre. Dès 1919, les nécessités transitoires de la « sortie de guerre » conduisent le Parlement à reconduire, jusqu'en août 1920, les pouvoirs spéciaux octroyés à Clémenceau en matière de ravitaillement[180]. De la même façon, la loi du 17 octobre 1919 confère au Gouvernement le pouvoir de rendre applicable, et d'adapter, par décrets, la législation française dans les territoires d'Alsace et de Moselle, réintégrés à la France. A l'exceptionnalité des circonstances de guerre succède bientôt l'exceptionnalité des circonstances financières, économiques et sociales. Les méthodes inaugurées pendant la guerre sont réceptionnées, dans l'entre-deux-guerres, pour résorber le *« Verdun financier »* (*Le Figaro*) des années 1920, et la Grande Dépression des années 1930, crise économique sans précédent, qui atteint – pour la première fois de l'histoire en période de paix – tous les

---

[176] ROUSSELLIER, N., « Gouvernement et Parlement dans l'entre-deux guerres », *in :* BARUCH, M.-O., DUCLERT, V., *Serviteurs de l'Etat : une histoire politique de l'administration française : 1875-1945,* Paris : La Découverte, 2000, 587 pages, spéc. p.109-124, spéc. p.111

[177] RENOUVIN, P., *op. cit.,* p.148

[178] *ibid.,* p.130

[179] BLUM, L., *Lettres sur la réforme gouvernementale,* décembre 1917, cité par RENOUVIN, P., *ibid.,* p.136. Sur cette question, v. ROUSSELLIER, N., « Le Parlement face à l'Exécutif », *in : Le parlementarisme de guerre en France et en Europe (1914-1918),* actes du colloque organisé au Sénat le 14 juin 2014

[180] Loi du 23 octobre 1919 prorogeant les lois concernant le ravitaillement national (J.O.R.F. du 24 octobre, p.11792)

secteurs de la vie nationale. Ces circonstances expliquent, comme jadis entre 1914 et 1919, la généralisation des décrets-lois, qui se présentent comme une *« variante pacifique »*[181] des règlements de nécessité (A), et deviennent progressivement un instrument commun de gouvernement (B).

A- LA GENERALISATION DU RECOURS AUX DECRETS-LOIS

166. Les décrets-lois apparaissent sous la pression des faits. Ils sont, au sens moderne, des actes normateurs édictés, par l'Exécutif, agissant sur habilitation législative, dans l'exercice d'une fonction primaire de législation, pour suppléer, modifier ou abroger la législation formelle existante[182] (*cf. infra,* n°620 s.). Ils se généralisent sous l'empire des circonstances de l'entre-deux-guerres pour résorber les crises financières dans les années 1920, et la grande crise économique et sociale qui touche la France à partir de 1931. Nés du constat de l'inadaptation de la procédure législative ordinaire (1), les décrets-lois s'érigent en instrument de gouvernement auquel adhère, ou se résigne, progressivement – entre 1924 et 1939 – la presque totalité de la classe politique sous la troisième République (2).

1) Légiférer hors du Parlement : l'inadaptation de la procédure législative ordinaire

167. Le recours aux décrets-lois naît du constat de l'inadaptation de la procédure législative ordinaire pour résorber les crises de l'entre-deux guerres[183], ou comme l'écrit Emile Giraud, de *« l'énormité de la tâche et de la défectuosité de l'outil »*[184]. Trois raisons expliquent la généralisation des décrets-lois entre 1924 et 1939 : la technicité (a), l'urgence et la confidentialité (b), et l'impopularité (c) des mesures à adopter.

---

[181] STECK, O., *op. cit.,* p.339

[182] L'existence d'une ratification est donc indifférente. Nombreuses sont d'ailleurs les lois d'habilitation qui n'imposent aucune ratification (v. par exemple, la loi n°48-1269 tendant au redressement économique et financier). On se rallie, sur ce point, à la définition fonctionnelle de René Capitant : *« le décret-loi (...) est le décret qui reçoit le pouvoir de déroger aux lois »* (CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, Paris : les cours de droit, 1956, 354 pages, spéc. p.276)

[183] Sur les raisons du recours aux décrets-lois, v. RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875,* Bordeaux : Delmas, 1942, 395 pages, spéc. p.105 et s. ; PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République,* Paris : LGDJ, 2003, 632 pages, spéc. p.304 et s.

[184] GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.,* p.44

a) La technicité des mesures à adopter

168. Dans l'entre-deux-guerres, les décrets-lois permettent d'associer les *techniciens* à l'activité gouvernementale. Cette idée est ancienne. Dès 1911, Henri Chardon propose de confisquer au pouvoir politique la gestion quotidienne des affaires publiques, pour la confier au *« pouvoir administratif »*, c'est-à-dire aux techniciens :

> « Un Parlement est fait pour contrôler l'administration d'un pays, non pour administrer ce pays. (…) Cette besogne de gestion et d'administration ne peut être faite, dans de bonnes conditions, que par des fonctionnaires techniques permanents, indépendants des fluctuations de la politique, garantis contre ces fluctuations, mais entièrement responsables devant les pouvoirs du parlement, de la façon dont ils ont géré les services. Seuls ces fonctionnaires techniques permanents peuvent assurer la continuité, la méthode, l'unité des vues qui sont des conditions de vie pour la France et non des ministres qui se succèdent (…). »[185]

Du reste, l'expérience du premier conflit mondial révèle cet impératif de technicité. En France, l'effort de guerre implique un accroissement continu des services publics[186], rapidement qualifié « d'étatisme » de guerre (P. Renouvin) ; entre le 1er juillet 1914 et 1er janvier 1922 le nombre de fonctionnaires civils augmente de plus d'un quart (+ 27,2 %)[187] ; en 1920, on enregistre 291 offices, comités ou commissions chargés d'étudier, de préparer ou d'exécuter les décisions relatives à la conduite de la guerre[188]. Cette inflation témoigne du besoin d'adosser les choix politiques à un accompagnement technique. Au Royaume-Uni, il avait conduit Lloyd George à intégrer plusieurs techniciens (c'est-à-dire des hommes choisis en dehors du personnel parlementaire, non sur leur autorité politique, mais sur leur expertise technique) à son Cabinet formé le 10 décembre 1916[189].

---

[185] CHARDON, H., *Le pouvoir administratif,* Nouvelle édition, augmentée, Paris : Perrin, 1912, 483 pages, spéc. p.14-15

[186] Sur ce point, v. RENOUVIN, P., *op. cit.,* p.54 et s.

[187] On compte 690 938 fonctionnaires civils, agents et ouvriers de l'Etat en 1922, contre 543 271 en 1914, soit une augmentation de 147 667 en moins de 8 ans (v. le rapport général sur le budget de l'exercice 1922, présenté à la Chambre par Maurice Bokanowski). (5 % de cette augmentation résulte de la réintégration de l'Alsace-Moselle au territoire français). Les ministères et services les plus impactés par cette augmentation sont, évidemment la Guerre, mais aussi les Finances, les Postes, les Pensions et les Chemins de fer (c'est-à-dire principalement les ministères à vocation économique et sociale).

[188] Chiffres cités par RENOUVIN, P., *op. cit.,* p.58

[189] Sir Albert Stanley, homme d'affaire américain, naturalité britannique en 1914, est nommé au Commerce ; Sir John Maclay, armateur anglais, est nommé à la Marine marchande ; M. Fisher, universitaire, est nommé à l'Instruction publique ; Sir Eric Geddes, directeur d'une compagnie de chemins de fer, est nommé Premier Lord de l'Amirauté. (v. BARTHELEMY, J., « Le Gouvernement par les spécialistes et la récente expérience anglaise », *Revue des sciences politiques,* tome 39, janvier-juin 1918, p.193-208)

169. Cet impératif de technicité est encore plus prégnant dans l'entre-deux-guerres. Dans les années 1920, la France connaît une *« situation paradoxale »*[190] marquée à la fois par une formidable prospérité économique et de très graves crises financières. La guerre avait coûté cher. Au sortir du conflit mondial, le déficit s'élève à 120 milliards de francs, la dette – essentiellement flottante – qui s'élevait à 33 milliards en 1913, dépasse les 340 milliards en 1924. L'émission de monnaie, liée à la pénurie des produits disponibles, entraîne bientôt une inflation considérable ayant pour conséquence la dégringolade du franc. L'Allemagne tarde, par ailleurs, à payer les réparations de guerre. Cette situation, critique pour la confiance monétaire, fait craindre une fuite des capitaux et un défaut de trésorerie ; bref, une faillite financière. Rétablir la confiance des milieux d'affaires à l'endroit de la monnaie, résorber la crise des changes et donc surmonter le *« mur d'argent »* (E. Herriot) implique une remise en ordre des finances publiques. La *technicité financière* devient intournable. Dans ce contexte, les hauts-fonctionnaires du ministère des finances revendiquent une participation au pouvoir politique, en témoigne leur *Appel du Cartel des fonctionnaires des Finances au Président de la République,* en janvier 1926[191]. Les décrets-lois sont le moyen de les y associer.

170. A question technique, réponse technique. Dans les années 1920, le recours aux décrets-lois est motivé par ces considérations financières. Ce sont les ministres des Finances qui présentent, et défendent, presque systématiquement les projets de lois d'habilitation. En 1924, la discussion du premier projet Poincaré s'ouvre par le rapport général, au nom de la Commission des finances, de Maurice Bokanowski : les considérations techniques et financières y sont omniprésentes[192]. En juillet 1926, Joseph Caillaux, ministre des Finances, sollicite, au nom du Cabinet Briand, les pleins-pouvoirs financiers ; le projet, connu sous le nom « projet Briand-Caillaux » est entièrement motivé par les conclusions du rapport d'un comité d'experts financiers, constitué par décret du 31 mai[193] ; en témoignent les interventions de Joseph Caillaux à la Chambre[194]. Quelques semaines plus-tard, Raymond Poincaré,

---

[190] BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire de la France au XXe siècle. Tome I : 1900-1930,* Bruxelles : Editions Complexe, 1999, 573 pages, spéc. p.355

[191] Dès 1920, deux hauts-fonctionnaires du ministère des Finances créent la revue *Etat moderne* (v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française : politique, droit et société. Tome 2, 1870-1944,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 499 pages, spéc. p.146 et s.)

[192] J.O.D.P., Chambre des députés, page 274 et s. – séance du 25 janvier 1924

[193] J.O.R.F. du 31 mai 1926, p.6051. Le comité d'experts financiers est présidé par Charles Sergent, ancien sous-directeur de la Banque de France. Outre les présidents de la confédération de la production française et de l'association nationale de l'expansion économique, le comité inclut des représentants de toutes les banques françaises.

[194] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2730 et s. – séance du 6 juillet 1926. Par exemple : *« Il faut qu'une solution intervienne, et si on ne veut pas consolider les bons de la défense nationale* [nda : l'emprunt de consolidation], *il faut recourir à un autre système : celui qu'offrent les experts. »* (p.2732)

président du Conseil, titulaire du portefeuille des finances, dépose un nouveau projet de loi d'habilitation dont l'exposé des motifs est exclusivement consacré aux problèmes financiers en vue de la restauration monétaire[195]. A vrai dire, les questions financières figureront, désormais et jusqu'à la fin des années 1950, au cœur des projets de pleins-pouvoirs ; en 1937, Léon Blum, président du Conseil, et son ministre des finances, Vincent Auriol, sollicitent les pleins-pouvoirs financiers, par le dépôt d'un projet de loi à l'exposé des motifs d'une technicité rare[196]. La rue de Rivoli devient progressivement – aux lieu et place des Chambres – le centre de gravité de la politique financière du pays.

171. Aux problèmes monétaires et financiers, se superposent bientôt les problèmes économiques et sociaux. En septembre 1931, la France est touchée par la crise ouverte en 1929 par le krach boursier de Wall Street ; les exportations s'effondrent, entrainant le déficit de la balance des paiements ; la production industrielle chute de près d'un quart ; la surproduction agricole entraîne une crise de mévente et une baisse des cours des produits ; la valeur réelle du revenu moyen des Français chute de 8,5 %, (la chute est brutale chez les agriculteurs (- 31,7 %) et dans l'industrie et le commerce (- 18,1 %) selon les chiffres d'Alfred Sauvy[197] ; le déficit budgétaire se creuse et devient chronique ; le nombre de chômeurs atteint presque le million. L'impératif de technicité dépasse alors le seul cadre des problèmes financiers ; il faut désormais agir dans l'économie réelle pour endiguer la baisse des revenus, favoriser l'exportation, limiter l'importation, protéger les produits français de la concurrence déflationniste internationale, éviter la chute des prix ; en un mot, relancer l'économie, tout en luttant contre le chômage. Ces circonstances favorisent une *« idéologie technocratique »*[198] ; le recours aux techniciens se multiplie dans les années 1930[199]; les polytechniciens du mouvement X-Crise[200] intègrent les cabinets ministériels (à l'instar de celui de Charles Spinasse, en 1936, ministre, nouvellement créé, de l'Economie nationale), ou noyautent les tous nouveaux services de la Présidence du Conseil, comme le Secrétariat général du gouvernement. Les décrets-lois deviennent progressivement l'instrument de cette politique économique et sociale (*cf. infra*, n°194 s.) ; ils permettent surtout d'associer les

---

[195] *Recueil Sirey,* Lois annotées de 1926, *S.* 1927.IV.1039

[196] v. l'exposé des motifs, reproduit *in :* « Chronique financière française », *Revue de science et de législation financières,* 1937, p.421 et s.

[197] SAUVY, A., *Histoire économique de la France entre les deux guerres. Tome 2 : 1931-1939,* Paris : Fayard, 1967, 626 pages, spéc. p.137

[198] BURDEAU, F., *Histoire de l'administration française : du 18e siècle au 20e siècle,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1994, 377 pages, spéc. p.284

[199] v., BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.164 et s.

[200] Acronyme de « Centre de Renseignements et d'Informations Sociales et Economiques », formé à l'école polytechnique en 1931.

élites techniciennes à l'élaboration de la politique économique et financière, ce que ne permet pas la procédure parlementaire ordinaire.

b) L'urgence et la confidentialité des mesures à adopter

172. Le recours aux décrets-lois est, en deuxième lieu, motivé par l'urgence et la confidentialité des mesures à adopter. Dès 1916, en pleine guerre, face à l'urgence et au caractère stratégique que posent les questions de défense nationale, Aristide Briand en fait l'argument principal des pleins-pouvoirs qu'il sollicite devant la Chambre des députés. Les décrets-lois sont une alternative à la lenteur des délibérations parlementaires :

> « [Le Gouvernement], déclare Aristide Briand, vous demandera de lui donner les pouvoirs nécessaires pour régler d'urgence et par décret toutes les questions qui concernent la défense nationale (…) et que des lois sont trop lentes à régler. »[201]

> « Messieurs, il y a des questions qui demandent à être réglées d'urgence, qui ne peuvent l'être que par décret, sous peine de ne pouvoir l'être du tout (…)
>
> Je suppose que le Gouvernement reconnaisse l'urgence pressante d'une mesure comportant une certaine restriction, visant par exemple, la consommation de telle ou telle denrée ; que va-t-il faire en l'état actuel des choses ? (…) Le Gouvernement sera obligé de vous saisir d'un projet de loi. Ce projet sera renvoyé devant une commission, et il faudra un certain temps avant qu'il ne vienne en discussion. Voyez-vous comment pourra être utilisé ce long délai, à quelles spéculations il pourra être employé, quelles opérations de stockage pourront être faites par des particuliers à l'encontre des intentions du Gouvernement ? »[202]

L'inadaptation de la procédure parlementaire aux exigences *de rapidité* et *d'efficacité* des mesures à adopter dans les circonstances de guerre figure donc au cœur de la justification du recours aux décrets-lois. La Chambre des députés – qui se réunit souvent en *comités secrets* depuis juin 1916 – ne se résout pas à cette option ; et préfère modifier son règlement en instituant, en janvier 1917, une « procédure d'extrême urgence » pour l'adoption des textes, applicable pour le temps de guerre[203].

173. Les crises économiques et financières de l'entre-deux-guerres intensifient cet impératif d'urgence et de confidentialité. Stopper la chute brutale du franc sur le marché des changes, rétablir la confiance monétaire, rassurer les porteurs, impliquent de prendre des décisions rapides, et secrètes, pour déjouer les spéculateurs, éviter la panique bancaire et la faillite financière. Les mesures protectionnistes des années 1930, de lutte contre la

---

[201] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3638 – séance du 13 décembre 1916.

[202] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3685 – séance du 15 décembre 1916.

[203] v. PIERRE, E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Supplément,* 4e édition refondue, Paris : Librairies-Imprimeries réunies, 1919, 1629 pages, spéc. p.1253 et s. ; v. aussi, LEMAIRE, E., *art. cit.,* p.24 et s.

concurrence internationale, de relèvement des droits de douane et de contingentement imposent, à leur tour, des mesures rapides et énergiques pour prendre de court les anticipations des marchés et les comportements spéculatifs. *« Or,* lit-on dans l'exposé des motifs du projet Poincaré de 1924, *la procédure parlementaire est forcément longue. La nécessité de préparer, de faire discuter et voter une multitude de projets de loi ne permettrait pas d'aboutir avec la rapidité que le Parlement est, lui-même, en droit d'exiger. »*[204] Dans l'entre-deux-guerres, cet argument est invariablement avancé, par l'Exécutif, au soutien des projets de loi de pouvoirs spéciaux. En 1926, Joseph Caillaux, ministre des finances, l'exprime ainsi :

> « Les évènements sont là, qui frappent à notre porte. Nous sommes pressés. Nous ne pouvons pas courir de nouveau le risque d'avoir à discuter 250 amendements et à entendre 325 orateurs. (…)
>
> Il a fallu deux ans à la Chambre pour voter l'impôt sur le revenu. Comptez-vous sur des délais aussi étendus aujourd'hui ? (…) Alors mettez-vous en face de la situation : des jours et des jours s'écoulent, avec un marché redoutable, une nervosité qui s'accentue heure par heure, des cours que vous consulterez angoissés, un désarroi qui s'étendra de proche en proche dans le pays. »[205]

En juin 1937, l'exposé des motifs du projet de pleins-pouvoirs financiers sollicités par Léon Blum et Vincent Auriol est univoque :

> « L'attaque de la spéculation et l'attitude des déserteurs du franc sont telles que l'efficacité des mesures proposées serait réduite et peut-être complètement annihilée par de longues discussions.
>
> Une action énergique et rapide s'impose donc pour appliquer ces mesures, obtenir d'elles un effet immédiat et briser l'offensive habilement préparée depuis des semaines et brutalement déclenchée ces jours-ci contre l'épargne, la monnaie et le crédit public.
>
> C'est pourquoi nous demandons aux Chambres les pouvoirs nécessaires pour donner à cette attaque brusquée une réplique immédiate. »[206]

174. Bientôt, le contexte critique de la situation internationale, à la veille de la seconde guerre mondiale, impose de lutter *« à armes égales »*[207] (E. Daladier) avec les régimes totalitaires ; c'est-à-dire avec les mêmes armes juridiques, à défaut des mêmes armes militaires. Les crises de l'entre-deux-guerres révèlent donc, au grand jour, l'inadaptation de la

---

[204] J.O.R.F., Documents de la Chambre des députés, 1924, annexe n°6972, p.137

[205] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2979 – séance du 17 juillet 1926

[206] v., l'exposé des motifs, reproduit *in :* « Chronique financière française », *Revue de science et de législation financières,* 1937, p.427

[207] *« Je voudrais seulement appeler l'attention de la Chambre (...) sur la nécessité d'une action extrêmement vigoureuse et extrêmement rapide. Que ce débat soit bref, messieurs, que chacun se décide selon sa conscience ! J'affirme que ce n'est pas mettre en péril les institutions libres que de vouloir enfin lutter avec des régimes dont la force est faite, en grande partie, et de la rapidité et du secret, avec des armes au moins égales à celles qu'ils possèdent. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1039 – 2e séance du 17 mars 1939)

procédure parlementaire, fondée dans l'idéal républicain, depuis 1875, sur la *« libre parole »* (C. Nicolet), la bonne délibération et, en définitive, *« l'éloge de la lenteur »* (N. Roussellier)[208]. Les décrets-lois, à l'inverse, sont synonymes de rapidité, d'unilatéralité et de confidentialité ; en 1939, ils sont comparables, et comparés par Daladier, aux « armes » employées par les régimes fascistes. Nécessaires à la résorption des crises, on comprend néanmoins qu'ils heurtent profondément la culture républicaine (*cf. infra*, n°177 s.).

c) L'impopularité des mesures à adopter

175. L'orthodoxie financière impose d'adopter des mesures impopulaires. Sauf à dévaluer la monnaie[209], l'inflation chronique de l'entre-deux-guerres oblige les gouvernants à procéder à d'importantes *déflations budgétaires* ; c'est-à-dire à compresser les dépenses publiques pour rétablir l'équilibre budgétaire, diminuer la masse de monnaie en circulation et donc ralentir la hausse des prix. Cette politique de « rigueur budgétaire » – ou, selon les termes de l'époque, de *« réalisation d'économies »* – confine à l'impopularité. En 1924, Raymond Poincaré obtient le pouvoir de réaliser, par décrets, au moins *un milliard* d'économie sur les dépenses de l'Etat ; des centaines de services publics sont ainsi supprimées en 1926 (*cf. infra*, n°191). En 1934, Gaston Doumergue réduit le traitement des fonctionnaires et les pensions des anciens combattants. En 1935, Pierre Laval lance un plan d'austérité visant à réduire de 10 % l'ensemble des dépenses de l'Etat. Or, ces mesures impopulaires – dans le contexte électoral de 1924 – paraissent difficiles à faire voter par le Parlement. Raymond Poincaré en fait une raison supplémentaire de recourir à la procédure des décrets-lois :

> « Je suis convaincu que, si nous nous engagions ici, sur les réformes gouvernementales et administratives, une discussion d'ensemble, nous n'aboutirions pas. Or, je veux aboutir. (…) »[210]
>
> « En outre, pourquoi ne pas l'avouer, toute mesure de simplification menace certains intérêts, intérêts de personnes, de groupements, de circonscriptions. Tant que ces mesures sont encore à l'état de projets vagues, ces intérêts s'agitent ; ils cherchent à influencer les députés et à les gêner dans leur liberté et à empiéter sur l'intérêt général. De là, des discussions ardentes, passionnées et, par là même, souvent interminables. Au contraire, la décision prise, même provisoire, même

[208] NICOLET, C., *op. cit.,* p.428 et s. ; ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *in :* SADOUN, M., *La Démocratie en France, 1. Idéologies,* Paris : Gallimard, 2000, 469 pages, p.247-331, spéc. p.256 et s. Ce dernier auteur écrit : *« Gouverner, pour l'essentiel, consistait à organiser la meilleure délibération possible en vue de la confection des meilleures lois possibles. »* (p.257)

[209] Or, la France refuse de s'y résoudre. v., les raisons expliquées par Serge Berstein et Pierre Milza, (*Histoire de la France au XXe siècle, tome II : 1930-1945,* Bruxelles : Ed. Complexe, 2003, 399 pages, spéc. p.34 et s.)

[210] J.O.D.P., Chambre des députés, page 284 – séance du 25 janvier 1924

révocable, ces intérêts se calment peu à peu. Ils se résignent et acceptent, de meilleure grâce, le fait accompli. »[211]

« - M. Xavier Vallat : Plus les économies à réaliser seront considérables, plus elles atteindront de personnes, plus elles feront de victimes et plus elles créeront de mécontents, qui se retourneront contre la majorité qui aura donné au Gouvernement le pouvoir de les faire.

- M. le président du Conseil [R. Poincaré] : Ils se retourneront contre le Gouvernement. La majorité aura le bénéfice des économies en général, et le Gouvernement l'impopularité de chaque économie en particulier. (Rires) C'est la vérité. »[212]

Les décrets-lois deviennent ainsi progressivement l'instrument des politiques d'austérité budgétaire. Malgré un bref retour à l'équilibre à partir de 1924, la situation financière ne cesse de se dégrader lorsque la crise économique touche la France en 1931 ; le déficit budgétaire atteint les 12 milliards de francs en 1933. Les décrets-lois, comme les crises, deviennent chroniques. Et les gouvernants s'y résignent tour à tour.

2) La résignation des gouvernants : les décrets-lois par-delà les clivages politiques

176. Entre 1924 et 1939, le recours aux décrets-lois transcende peu à peu les clivages politiques. Initialement employés par la droite (Poincaré ; Laval), les décrets-lois cessent d'être un problème politique lorsqu'ils sont sollicités, en 1937, par leurs opposants historiques, les socialistes (Blum) et les radicaux (Chautemps ; et, en 1938, Daladier)[213]. Ce ralliement est bien évidemment imposé par le contexte critique de l'entre-deux-guerres, et le sentiment grandissant de graves périls, menaçant l'existence de la République parlementaire. Mais il s'opère aux prix de *« compromis politiques »*[214], récemment mis en évidence par Jérôme Henning ; le recours aux « pleins-pouvoirs » est progressivement assorti de conditions, étudiées dans un chapitre ultérieur (*cf. infra,* n°701 s.). Trois phases se succèdent entre 1924 et 1939 : à une hostilité généralisée contre les décrets-lois (a), succède un relâchement des oppositions (b), qui préfigure leur adhésion au procédé (c)[215].

---

[211] J.O.D.P., Chambre des députés, page 511 – séance du 5 février 1924

[212] J.O.D.P., Chambre des députés, page 604 – 2e séance du 8 février 1924

[213] Ils redeviendront un problème politique en 1945. Sur cette question, *cf. infra,* chapitre suivant. v. aussi, FARGEAUD, B., *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République : naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes,* Thèse, Université de Paris 2, 21 novembre 2018, 712 pages, spéc. p.253 et s.

[214] HENNING, J., « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *RDP,* n°5, 2019, p.1179-1204, spéc. p.1196

[215] Sur ce cycle d'adhésion progressive de l'ensemble de la classe politique, excepté les communistes, aux décrets-lois, v. LACHARRIERE (de), R., « Le système des décrets-lois et le régime parlementaire », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle,* 1939, n°1, p.122-150 ; RUSU, D., *op. cit.,* p.143 et s.

a) 1916-1926 : l'hostilité généralisée

177. La première phase est celle d'une hostilité généralisée. Plus encore que le pouvoir réglementaire complémentaire, les décrets-lois heurtent, au plus profond d'elle-même, l'idée républicaine. L'exercice, par l'Exécutif, d'une fonction primaire de législation fait figure de *« hantise »* républicaine ; il rappelle le « pouvoir personnel » incarné par les coups d'Etat, les restaurations et le césarisme au XIXe siècle[216] (*cf. supra,* introduction générale). L'expression « décrets-lois » est d'ailleurs réactualisée au XXe siècle, et brandie par l'opposition, pour en *disqualifier* la pratique, en l'assimilant aux régimes impériaux du XIXe siècle, dont elle est – selon les mots de Joseph Paul-Boncour, *« le préambule naturel »*[217].

178. L'hostilité aux décrets-lois est donc initialement très violente. En décembre 1916, elle conduit au rejet généralisé du projet de pleins-pouvoirs sollicité par Aristide Briand (*cf. supra*, n°158 s.). En 1924, en pleine crise monétaire, Raymond Poincaré sollicite des Chambres le pouvoir de réaliser un milliard d'économies par décrets, en procédant – nonobstant la législation formelle en vigueur – aux réformes et simplifications administratives que comporteront ces économies. Comme en 1916, l'opposition est extrêmement virulente. A la Chambre des députés, elle est principalement portée par Edouard Herriot (parti radical) et Joseph Paul-Boncour (SFIO) qui s'expriment, moins au nom de leurs partis respectifs, qu'au nom du « parti républicain » tout entier :

> « - E. Herriot : On va faire en France la réforme administrative ou la réforme judiciaire par voie de décrets ! (…) [M]ais cela, c'est l'Empire, ce n'est plus la République. (…)
>
> Je suis un républicain, doctrinaire, oui ! jacobin, si vous le voulez. Je crois qu'il faut tenir fortement aux principes. Je ne veux pas employer les grandes phrases et les grands mots, mais (…) lorsque j'entends parler de décrets-lois, je vois à l'horizon le sénatus-consulte de floréal an XII [218]. »[219]
>
> « - E. Herriot : Messieurs, ces mesures politiques, vous ne pouvez les accepter. Elles se heurtent, en effet, à toute la doctrine et à toute l'histoire

---

[216] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267 et s.

[217] J.O.D.P., Chambre des députés, page 486 – séance du 4 février 1924 ; v. encore, les propos de Maurice Viollette, en décembre 1916, sur le projet Briand : *« Le gouvernement demande la délégation du Parlement, c'est-à-dire qu'il demande qu'en certaines matières, le projet de loi puisse se transformer immédiatement en un décret-loi. ».* Or, ajoute-t-il, *« le régime de décrets-lois est en réalité un régime de coup d'Etat. »* (« Rapport », susmentionné, p.63-64 ; v. enfin les propos d'Ernest Lafont, le 4 février 1924, à propos du projet Poincaré : *« Et voilà que nous en sommes à penser à remplacer la loi par un succédané, un petit* ersatz *nouveau modèle, que l'on appelle le « décret » ou le « décret-loi » (...) on commence par les décrets-lois et on finit par la plénitude du régime des pleins-pouvoirs ».* (J.O.D.P., Chambre des députés – séance du 4 février 1924, respectivement, p.481 et p.478)

[218] Il s'agit du *Senatus-consulte* organique du 28 floréal an XII, établissant l'Empire.

[219] J.O.D.P., Chambre des députés, page 339 – 2e séance du 26 janvier 1924

parlementaire de notre pays. (…) Messieurs les républicains, si modérés que vous soyez, vous n'avez pas le droit de voter l'article 1er du projet de loi. (…)

Vous voulez, monsieur le président du Conseil, arriver à réformer et, pour réformer, vous passer de l'intermédiaire du Parlement, lequel, paraît-il, ne se prête pas volontiers à cette opération lorsqu'elle est en contradiction avec ses intérêts électoraux. (…) Comment pouvez-vous penser, monsieur le président du Conseil, que cette œuvre se puisse accomplir sans toute une série d'études et de délibérations ? Comment la France peut-elle être réformée (…), sans que délibèrent, non seulement le Parlement, mais les assemblées locales, sans que toute l'opinion de notre pays soit intéressée à ce travail et à ce mouvement ? Si vous n'agissez pas ainsi, c'est l'arbitraire. »[220]

Le 4 février 1924, Joseph Paul-Boncour s'exprime, à son tour, en ces termes :

« Non, monsieur le président du Conseil, il faut vous y résigner, ce n'est pas dans l'histoire de la République que vous pouvez trouver des précédents pour vos décrets-lois. Ils sont ailleurs, M. Herriot, l'autre jour, vous rappelait celui du sénatus-consulte de l'an XII. Vous me permettrez d'en ajouter deux. C'est au lendemain du retour des Bourbons, les pouvoirs que donnait la charte, d'édicter les ordonnances exigées par la sûreté de l'Etat, celles-là mêmes qui donnèrent lieu à la révolution de juillet 1830 ! C'est, au lendemain du coup d'Etat du prince-président, du 2 décembre 1851 au 29 mars 1852, la période, que comme par hasard, les historiens ont appelée « la période de dictature ». (…)

Pourquoi venez-vous nous demander, après ce demi-siècle d'expérience, d'accepter un précédent dangereux, qui n'a été, lui, précédé d'aucune mesure semblable depuis que la République existe ? (…)

Je supplie, dans tous les cas, les républicains de ne pas signer ce procès-verbal de carence du régime parlementaire. »[221]

179. Le projet Poincaré passe donc pour *« contraire au principe de notre droit public, contraire aux règles de notre constitution, et politiquement dangereux »* (J. Paul-Boncour) ; en réalité, il heurte moins les principes constitutionnels de 1875, que l'idée républicaine elle-même – celle de la *« société de l'éloquence »* (N. Roussellier), du régime de la *« libre discussion »* (C. Nicolet) et de la souveraineté de la loi parlementaire (G. Sacriste)[222]. Car – en dépit des références omniprésentes à Adhémar Esmein, à la spécialisation fonctionnelle des pouvoirs et à l'indisponibilité des compétences[223] – le projet sera bientôt reconnu conforme à la Constitution par la majorité de la doctrine (*cf. infra,* n°671 s.). Au Sénat, l'opposition n'est pas moins violente. Elle est menée par René Renoult (parti radical), qui démontre dans un long discours combien les pouvoirs sollicités par Poincaré sont en tous points conformes aux

[220] J.O.D.P., Chambre des députés, pages 499-502 – séance du 5 février 1924

[221] J.O.D.P., Chambre des députés, pages 486-492, spéc. p.488, p.490 et p.492 – séance du 4 février 1924

[222] ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *art. cit.,* p.254 et s. ; NICOLET, C., *op. cit.,* p.428 ; SACRISTE, G., *op. cit.,* p.295 et s.

[223] J.O.D.P., Chambre des députés, pages 478-480, 485, 487 – séance du 4 février 1924 ; J.O.D.P., Chambre des députés, pages 500, 509 – séance du 5 février 1924

décrets-lois des Bonaparte, voire aux ordonnances de nécessité du Reich allemand[224]. En dépit des accusations de *« pouvoir personnel »,* de *« césarisme »,* voire de *« dictature »* [225], Raymond Poincaré parvient, aux termes de deux mois de délibérations, à obtenir les pleins-pouvoirs financiers, que lui accorde la loi du 22 mars 1924[226]. Les premiers projets de décrets-lois sont en cours d'examen par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (*cf. infra,* n°725), lorsque les élections du 25 mai 1924 donnent la victoire au Cartel des gauches. Edouard Herriot accède à la présidence du Conseil, et – évidemment – la loi du 22 mars ne sera jamais appliquée. Elle est implicitement abrogée par une loi du 10 mars 1925.

180. Le projet Briand-Caillaux du 16 juillet 1926 de pleins-pouvoirs financiers et fiscaux fait l'objet des mêmes hostilités de principe. Les mêmes arguments sont avancés, au nom de l'idée républicaine, par Léon Blum, cette fois, et par Edouard Herriot, toujours. Le premier entend préserver, *« [non] seulement le texte écrit de tel ou tel article de la Constitution, [mais] le principe même de la République politique au sort de laquelle nous savons bien que la République sociale elle-même est attachée »*[227] ; le second se dresse contre :

> « ces deux petits articles tranchants, acérés, péremptoires, [qui] ont blessé beaucoup d'entre nous, jusqu'au plus profond de leur conscience républicaine (…). Ce droit, cette obligation de consentir l'impôt, cette impossibilité de déléguer le pouvoir législatif, ce sont des articles essentiels, ce sont, si je puis employer en ce sens cette expression, des articles organiques du credo républicain, et en particulier du credo républicain français ! »[228]

Le projet Briand-Caillaux est repoussé. Mais l'expérience profite à Raymond Poincaré qui – moins ambitieux – obtient, par la loi du 3 août 1926, le pouvoir de procéder par décrets, jusqu'au 31 décembre 1926, à toutes les économies nécessaires, nonobstant les dispositions législatives en vigueur[229].

181. Entre 1916 et 1926, les *structures* de la « culture républicaine » (S. Bertstein, O. Rudelle) demeurent donc plus fortes que la *conjoncture* de guerre et de crises monétaires, au point d'annihiler, ou d'endiguer, toute tentative de recours aux décrets-lois. La persistance des crises, dans les années 1930, altérera progressivement les réticences initiales.

---

[224] La République de Weimar est, à cette époque, toujours qualifiée de *Reich*. v. J.O.D.P., Sénat, n°39, page 315 – 2e séance du 14 mars 1924

[225] *ibid.* A la Chambre des députés, on n'hésite pas à le comparer à Mussolini (J.O.D.P., Chambre des députés, page 287 – séance du 25 janvier 1924)

[226] Loi du 22 mars 1924 ayant pour objet la réalisation d'économies, la création de nouvelles ressources fiscales et diverses mesures d'ordre financier (J.O.R.F. du 23 mars, p.2753)

[227] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2773 – 2e séance du 7 juillet 1926

[228] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2964-2965 – séance du 17 juillet 1926

[229] Loi du 3 août 1926 portant ouverture de crédits supplémentaires, au titre du budget général de l'exercice 1926, et création de nouvelles ressources fiscales pour la couverture de ces dépenses et la dotation d'une caisse d'amortissement (J.O.R.F. du 4 août, p.8786)

b) 1934-1935 : Le relâchement des oppositions

182. La deuxième phase est marquée par un relâchement des oppositions à l'endroit des décrets-lois, perceptible dès août 1926. Dans la seconde moitié des années 1920, Poincaré parvient à stabiliser la situation financière, par le retour à l'équilibre budgétaire, l'amortissement régulier de la dette et, en 1928, la dévaluation du franc. Mais l'année 1931 installe une crise économique, financière et sociale durable ; la dévaluation de la livre sterling, et de dizaines d'autres monnaies étrangères (notamment le dollar et le yen), se traduit par la dépréciation du franc, l'inflation chronique et donc une crise du pouvoir d'achat. La situation s'éternise et contraint les gouvernants à mettre en œuvre des politiques déflationnistes. En 1934, Gaston Doumergue – *« venu du radicalisme d'avant-guerre mais passé du côté de l'Ordre établi »*[230] – sollicite le pouvoir de prendre, par décrets, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, les mesures d'économie qu'exigera l'équilibre du budget. Les oppositions au projet sont timides à la Chambre et presque inexistantes au Sénat. Les positions de Vincent Auriol (SFIO)[231], et de Maurice Palmade (parti radical)[232] sont révélatrices de l'attitude de résignation généralisée. Ainsi est adoptée la loi du 28 février 1934 dont la formulation très large – l'habilitation est, pour la première fois, définie par son *but* (réaliser l'équilibre du budget) et non par son *objet* (réformer et simplifier l'administration) – confère à Gaston Doumergue les plus larges pouvoirs jusqu'au 30 juin 1934[233]. La résignation des oppositions est encore plus perceptible lorsque, en juin 1935, Pierre Laval sollicite le pouvoir de prendre par décrets « toutes dispositions législatives ayant force de loi pour lutter contre la spéculation et défendre le franc. » Jean Zay, au nom du parti radical, l'exprime en ces termes :

> « J'ai la charge d'exposer à la Chambre les raisons pour lesquelles un certain nombre de membres du groupe radical-socialiste, qui ont voté contre les pleins pouvoirs sous les deux cabinets précédents, s'abstiendront dans le vote de ce soir (…).

---

[230] CHEVALLIER, J.-J., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958,* Paris : Dalloz, 9ème éd., juillet 2012, 748 pages, spéc. p.571

[231] *« A quoi bon discuter, puisque, aussi bien, les évènements vous emportent dans leur logique impitoyable ? »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 645 – séance du 22 février 1934)

[232] *« [Q]uelles que soient les légitimes préoccupations de doctrine d'un grand nombre de nos amis, qui font, en ce moment, devant des nécessités dures, cruelles, des sacrifices de consciences dont on peut leur savoir gré, nous disons, sans passionner le débat, que, uniquement pour cet objectif de défense monétaire (...), nous n'hésitons pas à renouveler au Gouvernement de M. le président Doumergue la confiance que nous lui avons donnée le premier jour. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 646 – séance du 22 février 1934)

[233] Loi du 28 février 1934 portant fixation du budget général pour l'exercice 1934, art. 36 (J.O.R.F. du 1er mars, p.2018)

> Si nous sommes contre les pleins pouvoirs, ce n'est pas seulement par doctrine. Qu'on me laisse dire que, dans des circonstances comme celles d'aujourd'hui, la doctrine, les formules, les hommes, à l'heure grave que traverse notre pays, nous importent peu. (…)
>
> Notre opposition aux pleins pouvoirs, nous l'avons traduite ici à deux reprises, dans des circonstances quasi-dramatiques, et, par conséquent, elle ne peut être suspectée. (…)
>
> En attendant, le pays a besoin d'être gouverné ! Nous n'accepterons pas de donner aux spéculateurs ou aux ennemis du régime la joie d'une crise ministérielle nouvelle qui permettrait, par un atroce paradoxe, que la fermeté de nos convictions serve à combattre cette République même que nous entendons défendre. (…) Nous disons avec la même force que nous sommes résolus à ne gêner en quoi que ce soit cette tentative [gouvernementale], que nous voulons la laisser se dérouler, dans sa loyauté que le Gouvernement, nous en sommes certains, lui assurera (…) »[234]

L'abnégation est évidente. Les principes s'effacent devant les intérêts supérieurs de la Nation. Au nom du « salut public », et sous la pression des circonstances, le parti radical se rallie progressivement aux décrets-lois[235] : depuis le 6 février 1934, la montée des fascismes, couplée aux dangers qu'inspirent toujours les *« dictatures financières et occultes »*[236] (le fameux « mur d'argent »), encouragent à *l'union nationale* et à la *concentration républicaine,* fût-ce aux prix de certaines concessions gouvernementales, comme le recours aux décrets-lois. Le 8 juin 1935, Pierre Laval bénéficie, dans ces circonstances, d'une habilitation, plus large encore que celle octroyée, un an plus tôt à Gaston Doumergue[237]. Un nouveau cap est franchi lorsque, à partir de 1937, les socialistes et les radicaux sollicitent, à leur tour, les pleins-pouvoirs.

c) 1937-1939 : l'adhésion de l'opposition

183. La troisième phase s'ouvre, en juin 1937, lorsque les socialistes – opposants historiques aux pleins-pouvoirs – les sollicitent à leur tour. Ils seront suivis dans cette démarche, quelques jours plus tard, par les radicaux. A ce stade, les décrets-lois cessent d'être l'apanage de la droite ; ils cessent, par la même occasion, d'être un problème politique. Ils trouvent leur raison d'être dans la persistance des crises économique, financière et sociale, auxquelles se superpose peu à peu la préparation au nouveau conflit mondial.

---

[234] J.O.D.P., Chambre des députés, page 1813-1814 – 2e séance du 7 juin 1935

[235] v. HENNING, J., *Le radicalisme d'Edouard Herriot et la crise des institutions (1905-1954),* Paris : Dalloz, 2019, 644 pages, spéc. p.374 et s.

[236] Propos de Jean Zay (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1814 – 2e séance du 7 juin 1935)

[237] Loi du 8 juin 1935 tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs exceptionnels pour assurer la défense du franc et la lutte contre la spéculation (J.O.R.F. du 10 juin, p.6297). A la différence de celle octroyée à Gaston Doumergue, l'habilitation dont jouit Pierre Laval en 1935 ne conditionne la réalisation du *but* assigné par la loi (la défense du franc) à aucun *moyen* spécifique (comme la réalisation d'économies, encore exigée en 1934).

184. A la différence de ses voisins libéraux, la croissance française peine à redémarrer. En 1936, Léon Blum refuse de recourir aux décrets-lois pour résorber la crise économique et sociale ; et s'en tient à la pratique des « lois-cadres », c'est-à-dire des renvois législatifs aux règlements d'administration publique[238]. Les mesures sociales du Front populaire sont placées au service de la relance économique : la semaine des 40 heures est supposée favoriser l'emploi, donc réduire le chômage ; l'augmentation des salaires, soutenir la consommation. Mais cette politique peine à fructifier[239]. Hostiles à la politique du Front populaire, les investisseurs désengagent leurs capitaux et rechignent à soutenir la dette. Parallèlement, les producteurs répercutent la hausse de leurs coûts salariaux (l'augmentation des salaires) sur les prix. Quant à la réduction du temps de travail, loin de résorber le chômage, elle aboutit bientôt à la diminution de la production. Cette situation (hausse des salaires et hausse des prix, d'une part, baisse de la production, d'autre part) se traduit irrémédiablement par une hausse spectaculaire de l'inflation, laquelle pénalise les exportations françaises et pèse sur l'activité économique, qui peine à se redresser. Le Gouvernement de Front populaire doit *« céder ou résister »*[240]. Blum choisit de résister. En février 1937, il renonce aux réformes sociales – *« un temps de pause est nécessaire »*[241] – et renoue avec l'orthodoxie budgétaire ; il sollicite, dans cette perspective, les pleins pouvoirs en juin 1937[242]. Le Sénat, emmené par l'opposition radicale, les lui refuse à 193 voix contre 77. Et Blum démissionne dans la foulée. Cet épisode – resté à l'état de projet – révèle néanmoins le ralliement des socialistes aux décrets-lois. Cette *résignation* s'est opérée – selon les mots mêmes de Léon Blum – *« sous l'empire d'une double nécessité »*[243], politique et technique.

---

[238] *« Il fallait,* déclare Blum le 6 juin 1936, *trouver le moyen de travailler vite. La solution sur laquelle nous nous sommes arrêtés et sur laquelle, le cas échéant, nous aurons, les uns et les autres, à vous fournir des détails plus précis, consistera à présenter devant les Chambres des projets courts, posant les principes et prévoyant une sorte d'extension du pouvoir réglementaire habituel ».* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1334 – séance du 6 juin 1936). Évidemment ces habilitations n'autoriseraient pas l'Exécutif à déroger à la législation formelle en vigueur. Elles ne se distinguent donc pas de la procédure classique des RAP.

[239] v., BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire de la France au XXe siècle, tome II : 1930-1945, op. cit.,* spéc. « L'échec économique du gouvernement Blum », p.176 et s.

[240] Selon les mots de Blum, devant la Chambre des députés (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1978 – 2e séance du 15 juin 1937)

[241] « Allocution radiodiffusée à l'adresse des fonctionnaires » reproduite *in : Le Temps,* 15 février 1937, p.2

[242] v., les propos de Léon Blum à la Chambre : *« Nous voulons d'abord procurer un soulagement immédiat au Trésor et réaliser un commencement d'assainissement budgétaire. Nous voulons assurer, pour une période de temps suffisante, les besoins de trésorerie, afin que le marché puisse prendre quelque répit et quelque repos. Nous voulons aussi que les capitaux expatriés de France regagnent la France. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1979 – 2e séance du 15 juin 1937)

[243] J.O.D.P., Sénat, page 690 – séance du 19 juin 1937

185. Le ralliement de Camille Chautemps et d'Edouard Daladier – *« les enfants d'Herriot »*[244] – aux décrets-lois est le point d'orgue de ce cycle. En 1937, succédant à Blum et face aux mêmes difficultés financières, Chautemps sollicite les pleins-pouvoirs, qu'il obtient sans difficulté le 30 juin 1937[245]. Au nom du « salut du pays »[246], les radicaux, qui avaient tant combattu les décrets-lois en 1924 et 1926, y recourent à leur tour.

186. Bientôt, les tensions internationales se superposent aux difficultés économiques et financières. Les velléités militaires et impérialistes de l'Allemagne nazie inquiètent ; la remilitarisation de la Rhénanie, en 1936, la progression de l'Axe Rome-Berlin, l'annexion de l'Autriche (l'*Anschluß*) en mars 1938, la crise des Sudètes en novembre 1938 font craindre une guerre proche et inévitable. Edouard Daladier, ministre de la défense nationale et de la guerre depuis 1936, ne s'y trompe pas. Le 13 avril 1938, lorsqu'il accède à la présidence du Conseil, il sollicite et obtient les pleins-pouvoirs dans un double but : non seulement « redresser les finances et l'économie de la nation », mais surtout « faire face aux dépenses nécessitées par la défense nationale »[247]. A l'automne 1938, l'annexion des Sudètes par l'Allemagne nazie, et la crise de Munich, ouvrent une période – qualifiée rétrospectivement par les historiens de « dictature Daladier » – marquée par une *« trêve des luttes politiques qui permet à Daladier de disposer d'une autorité rarement obtenue en régime parlementaire. »*[248] Les lois d'habilitation se multiplient ; le 5 octobre 1938, le Gouvernement obtient les pleins-pouvoirs pour une durée d'un mois[249], au titre desquels il édicte les décrets – rapidement surnommés « décrets de misère » – qui reviennent sur certains acquis sociaux du Front populaire. L'objectif, rapatrier les capitaux, les investir dans l'industrie, pour préparer le réarmement de la France. La loi du 19 mars 1939 reconnaît au Gouvernement Daladier – pour la première fois depuis 1916, sans référence à la situation financière du pays – le pouvoir de

---

[244] Selon une expression de 1924, v. HENNING, J., *op. cit.,* p.6

[245] Loi du 30 juin 1937 tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs en vue d'assurer le redressement financier (J.O.R.F. du 1er juillet, p.7418)

[246] v., les propos de Camille Chautemps devant la Chambre des députés, le 29 juin 1937 (J.O.D.P., Chambre des députés, page 2054 – séance du 29 juin 1937)

[247] Loi du 13 avril 1938 tendant au redressement financier (J.O.R.F. du 14 avril, p.4426)

[248] BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire de la France au XXe siècle, tome II : 1930-1945, op. cit.,* p.198. En témoignent, effectivement, les propos du rapporteur général Abdel Gardey, devant le Sénat, le 4 octobre 1938 : *« La crise européenne n'a fait qu'augmenter l'acuité et l'urgence des questions à résoudre. (...) Une action profonde de redressement s'impose donc. Sous quelle forme nous est-elle demandée ? Une fois encore, le Gouvernement sollicite des pouvoirs étendus (...). Certes, nous regrettons que la procédure législative normale soit écourtée ; mais dans les circonstances que nous traversons, il n'y a rien là qui soit contraire à nos institutions. (...) Ce rétablissement ne sera possible que si les disciplines individuelles et collectives sont remises à l'honneur, dans l'esprit même de notre démocratie, et sous la loi du salut de la Patrie. »* (J.O.D.P., Sénat, page 730 – séance du 4 octobre 1938)

[249] Loi du 5 octobre 1938 tendant à accorder au Gouvernement les pouvoirs pour réaliser le redressement immédiat de la situation économique et financière du pays (J.O.R.F. du 6 octobre, p.11666)

prendre par décrets, pendant huit mois, « les mesures nécessaires à la défense du pays »[250]. L'habilitation est reconduite, sans considération de durée, par la loi du 8 décembre 1939, et incorporée à la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation pour le temps de guerre (*cf. supra*, n°162 s.).

187. L'idée républicaine cède sous la pression des circonstances. Les décrets-lois, honnis en 1916, perdent progressivement leur caractère *« scandaleux »*[251] ; l'exceptionnalité des circonstances de guerre, fait place à l'exceptionnalité des problèmes à résoudre. Les décrets-lois s'imposent comme les instruments, non seulement des politiques budgétaires d'austérité, mais aussi des politiques de relance économique et de progrès social, et bientôt de la préparation du pays à la guerre. Dans l'entre-deux guerres, l'ensemble de la classe politique – les communistes exceptés – s'y rallie, ou s'y résigne, pour résorber les crises. Ils ne redeviendront un problème politique qu'au lendemain de la Seconde guerre mondiale, à la suite de l'expérience du régime de Vichy (*cf. infra,* n°281 s.). En 1939, les décrets-lois sont incontestablement devenus des instruments de gouvernement de droit commun.

B- LES DECRETS-LOIS, INSTRUMENTS JURIDIQUES DE « DROIT COMMUN »

188. Quantitativement, les décrets-lois se banalisent. Sur une période de 76 mois – qui s'étend du 1er mars 1934 au 1er juillet 1940 – la France connaît 31 mois de recours aux décrets-lois[252]. Entre 1918 et 1939, se succèdent 11 lois d'habilitation fructueuses[253], dont 10 effectivement appliquées. Le nombre exact des décrets-lois édictés sur leur fondement est difficile à établir, il dépasse incontestablement le millier[254]. Qualitativement, ils deviennent un procédé de « droit commun » : d'une part, ils perdent leur caractère exceptionnel et

[250] Loi du 19 mars 1939 tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs spéciaux (J.O.R.F. du 20 mars, p.3646)

[251] LACHARRIERE (de), R., « Le système des décrets-lois et le régime parlementaire », *art. cit.,* p.125

[252] LIET-VEAUX, G., « Décrets-lois et décrets de crise », *Revue administrative,* 1948, n°6, p.49-51, spéc. p.50

[253] Loi du 10 février 1918 (Clemenceau) ; loi du 17 octobre 1919 (Clemenceau) ; loi du 22 mars 1924 (Poincaré), non appliquée ; loi du 3 août 1926 (Poincaré) ; loi du 28 février 1934 (Doumergue) ; loi du 8 juin 1935 (Laval) ; loi du 30 juin 1937 (Chautemps) ; loi du 13 avril 1938 (Daladier) ; loi du 5 octobre 1938 (Daladier) ; loi du 19 mars 1939 (Daladier) ; loi du 8 décembre 1939 (Daladier)

[254] Une centaine de décrets est élaborée par Poincaré, sur le fondement de la loi du 3 août 1926 ; une autre centaine par Doumergue sur le fondement de la loi du 28 février 1934 ; plus de 500 (513 environ) par Laval sur le fondement de la loi du 30 octobre 1935 (dont 368 datés du 30 octobre 1935 (J.O.R.F. du 31 octobre)) ; plusieurs centaines encore, par Daladier, en 1938-1939 (182 entre mai et juin 1938, une cinquantaine le 12 novembre 1938, auxquels il faut ajouter ceux édictés sur le fondement des lois du 19 mars et du 8 décembre 1939) – Chiffres établis à partir de recherches dans le *Journal officiel*

deviennent un *« instrument normal de gouvernement et de législation »*[255] (René Capitant), d'autre part, ils s'émancipent de la seule sphère administrative pour réguler l'ensemble des activités des personnes privées. De source de droit administratif, ils deviennent donc – comme l'a formulé Jean Rivero – source administrative de droit[256] (1). Ce développement massif et spontané des décrets-lois se révèle rapidement brouillon et désordonné. Il appelle, dès le milieu des années 1930, à une rationalisation (2).

1) Des décrets-lois, source de droit administratif, aux décrets-lois, source administrative de droit

189. Apparus sous la pression des circonstances, les décrets-lois sont initialement les instruments des politiques *déflationnistes.* Leur objet, restaurer, d'une part, la confiance monétaire en réalisant des économies dans le budget de l'Etat, pour résorber le déficit public, et rapatrier les capitaux ; diminuer, d'autre part, la quantité de monnaie en circulation, pour baisser les achats et donc les prix (*cf. supra*, n°171). Mais les politiques de déflation apparaissent bientôt comme un *« prétexte »*[257] à la réforme de l'Etat (a). Lorsque s'installe, dans les années 1930, la crise économique et sociale, les décrets-lois *« changent de sens »* – comme le montre Nicolas Roussellier[258] – ils deviennent les instruments de vraies politiques économiques, et se généralisent dans tous les secteurs de l'intervention de l'Etat (b).

a) La déflation, prétexte à la réforme de l'Etat

190. Qualifiés généralement de « décrets d'économie »[259], les premiers décrets-lois ont – aux termes des lois d'habilitation – vocation exclusive à réaliser des économies dans le budget de l'Etat. La loi du 3 août 1926 n'habilite le Gouvernement qu'à « procéder, par décrets, à

---

[255] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme,* Paris : Sirey, 1934, 33 pages, réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.325-342, spéc. p.334

[256] RIVERO, J., « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* 1974, p.701-717, *rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine, 2. L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale,* Paris : LGDJ, 1980, t.2, 544 pages, spéc. p.313-328, ici p.317

[257] BONNARD, R., « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *RDP,* 1927, p.248-288, spéc. p.253

[258] v. ROUSSELLIER, N., *Vers une histoire de la loi. Du gouvernement de guerre au gouvernement de la Défaite. Les transformations du pouvoir exécutif en France (1913-1940),* Habilitation à diriger des recherches sous la direction du Pr. Jean-Noël Jeanneney, IEP de Paris, juin 2006, tome 1 (289 pages + annexes) ; ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* spéc. « Les nouvelles armes de l'Exécutif : la politique des décrets », p.463 et s.

[259] BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, Reproduction en fac-similé de l'édition refondue de Paris : Dalloz, 1933 augmentée de la préface d'origine de 1926, 955 pages, spéc. p.780-781

toutes suppressions ou fusions d'emplois, d'établissement et de services » ; celle du 28 février 1934 (art. 36), à prendre les « mesures d'économie qu'exigera l'équilibre du budget ». (*cf. supra,* n°182) Or, ces habilitations sont rapidement le *« prétexte »* (R. Bonnard) à des réformes et simplifications administratives, c'est-à-dire à la réforme de l'Etat. A ce stade, les décrets-lois demeurent une *source de droit administratif* – car ils n'interviennent que dans la sphère administrative – mais s'affranchissent déjà de leur objet initial.

191. Les décrets-lois de 1926 et 1934, édictés par les ministères Poincaré et Doumergue, témoignent de cet état des choses[260]. Le champ des habilitations a été considérablement élargi, par l'Exécutif, au stade de l'emploi des pleins-pouvoirs. Ont certes été opérés d'importantes suppressions d'emplois, d'établissements ou de services et de dépenses publics : par exemple, un décret du 3 septembre 1926 supprime 227 tribunaux civils de première instance et 218 prisons[261] ; un décret du 10 septembre 1926 supprime 106 sous-préfectures et 70 emplois de secrétaires généraux de préfecture[262] ; un décret du 21 septembre 1926 supprime 153 recettes de finances (c'est-à-dire centre des impôts)[263] ; un décret du 25 octobre 1926 supprime toutes les prisons militaires[264] ; un décret du 28 décembre 1926 réalise une réduction considérable du domaine public fluvial[265] ; un décret du 4 avril 1934 réduit de 10 % le nombre des agents de l'Etat[266], un autre, du même jour, institue un prélèvement de 5 % à 10 % sur les traitements des fonctionnaires[267] ; un décret du 14 avril 1934, enfin, institue un prélèvement de 3 % sur les pensions de guerre[268] etc.

192. Néanmoins, sous couvert de réaliser ces suppressions de services publics et réductions de dépenses publiques, les premiers décrets-lois procèdent à une véritable *réforme*

---

[260] Pour une analyse exhaustive, v. BONNARD, R., « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *art. cit.* ; HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *Revue politique et parlementaire,* janvier-février-mars 1935, tome 162, p.254-261

[261] Décret du 3 septembre 1926 modifiant le nombre, la compétence territoriale, la composition et la classe des tribunaux de première instance ainsi que le nombre des prisons et des circonscriptions pénitentiaires (J.O.R.F. des 6 et 7 septembre, p.10027)

[262] Décret du 10 septembre 1926 portant réduction du nombre des arrondissements administratifs, suppressions de 106 sous-préfectures et de 70 emplois de secrétaires généraux de préfectures (J.O.R.F du 14 septembre, p.10186)

[263] Décret du 21 septembre 1926 portant suppression de recettes particulières des finances (J.O.R.F. du 23 septembre, p.10539)

[264] Décret du 25 octobre 1926 portant suppression de prisons militaires (J.O.R.F. du 28 octobre, p.11675)

[265] Décret du 28 décembre 1926 portant modification du décret du 8 novembre 1926 relatif à la limite de l'inscription maritime dans les fleuves, rivières et canaux (J.O.R.F. du 30 décembre, p.13705)

[266] Décret du 4 avril 1934 réalisant la réforme administrative par la réduction du nombre des agents de l'Etat (J.O.R.F. du 5 avril, p.3499)

[267] Décret du 4 avril 1934 abrogeant l'article 10 de la loi du 23 décembre 1933 et comportant augmentation du prélèvement sur les traitements, soldes et émoluments des agents de l'Etat (J.O.R.F. du 5 avril, p.3508)

[268] Décret du 14 avril 1934 tendant à la révision des conditions d'attribution de la carte du combattant et à la révision des pensions abusives (J.O.R.F. du 15 avril, p.3842)

de l'Etat, c'est-à-dire à des réformes et simplifications administratives qui, bien souvent, ne sont pas la conséquence directe des mesures d'économie ; les décrets de 1926 réalisent ainsi une importante *déconcentration* et *décentralisation* des services publics de l'Etat en accordant la personnalité civile et l'autonomie financière à de nombreux établissements publics[269], et aux réseaux de chemin de fer[270] ; un important décret du 5 novembre 1926 accroît les compétences des préfets et sous-préfets, simplifie le fonctionnement des conseils municipaux et généraux, desserre la tutelle administrative de l'Etat sur les délibérations des conseils généraux et municipaux, reconnaît aux communes le pouvoir discrétionnaire de créer tout type de service public administratif ou industriel et commercial dans l'intérêt local[271] ; d'autres décrets s'éloignent encore du champ de la réalisation d'économie : un décret du 21 décembre 1926 réorganise la Cour des comptes[272], un autre, du 30 décembre, modifie les conditions de recrutement des commissaires du gouvernement devant la Section du contentieux du Conseil d'Etat[273] ; un dernier, daté du 28 décembre, révise les conditions du recrutement dans le corps des administrateurs de l'inscription maritime[274] etc.

193. Les décrets-lois des ministères Poincaré et Doumergue – et ceux qui suivront – ne se cantonnent donc pas aux politiques déflationnistes. Ils sont les instruments d'une véritable *réforme de l'Etat*[275], et s'imposeront comme tels jusqu'à la fin de la IVe République, en témoignent la réforme du contentieux administratif de 1953, réalisée – par décret-loi – sur le fondement de la loi du 11 juillet 1953[276], et les nombreuses lois, ou projets de loi, d'habilitation portant réforme administrative élaborés dans les années 1950 (*cf.* Annexes, n°15 et 24). A ce stade néanmoins, les décrets-lois restent une source de droit administratif ; leur origine repose encore, comme l'écrit Jean Rivero en 1938, *« sur des conceptions et intentions proprement administratives (...) ; on a réformé les institutions selon une doctrine*

---

[269] Décrets du 1er octobre 1926 (J.O.R.F. du 2 octobre, p.10912 à 10914) Acquièrent ainsi la personnalité juridique : les manufactures de Sèvres, des Gobelins et de Beauvais, l'académie de France à Rome etc.

[270] Décret du 16 novembre 1926 relatif à l'organisation financière et comptable du réseau de l'Etat (J.O.R.F. du 18 novembre, p.12268) ; Décret du 28 décembre 1926 complétant le décret du 16 novembre 1926 relatif à l'organisation financière et comptable du réseau de l'Etat (J.O.R.F. du 30 décembre, p.13700)

[271] Décret du 5 novembre 1926 de décentralisation et de déconcentration administratives (J.O.R.F. du 7 novembre, p.11889)

[272] Décret du 21 décembre 1926 portant modifications à l'organisation de la Cour des comptes (J.O.R.F. du 28 décembre, p.13543)

[273] Décret du 30 décembre 1926 modifiant l'organisation du Conseil d'Etat statuant au contentieux (J.O.R.F. du 31 décembre, p.13740)

[274] Décret du 28 décembre 1926 portant réorganisation du corps des administrateurs de l'inscription maritime (J.O.R.F. du 31 décembre, p.13789)

[275] Cet aspect est déjà mis en évidence par Nicolas Roussellier, v. *Vers une histoire de la loi, op. cit.*

[276] Loi n° 53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier (art. 7) (J.O.R.F. du 11 juillet, p.6143) ; Décret n°53-934 du 30 septembre 1953 portant réforme du contentieux administratif (J.O.R.F. du 1er octobre, p.8593)

administrative, avec le souci d'une meilleure administration comme but essentiel. »[277] L'installation de la crise économique et sociale, dans les années 1930, change cet état des choses. Les décrets-lois s'émancipent de la sphère administrative ; loin de s'en tenir à la réforme de l'Etat, ils deviennent les instruments de *l'intervention de l'Etat.*

b) De la réforme de l'Etat, à l'intervention de l'Etat

194. A partir de 1931, la crise économique et sociale frappe la France, moins fortement mais plus durablement qu'à l'étranger. De 1934 à 1939, les lois d'habilitation se multiplient (*cf. supra*, n°188), et leur objet s'élargit. Le Gouvernement Laval, en 1935, est habilité à prendre toute disposition pour « lutter contre la spéculation et défendre le franc », ceux de Chautemps et Daladier, en 1937 et 1938, à assurer le « redressement immédiat de la situation économique et financière » etc. Cette extension du champ des habilitations conduit, sans surprise à une extension du champ des décrets-lois édictés sur leur fondement. Dans les années 1930, les décrets-lois ne se cantonnent plus à la réforme de l'Etat, dans la sphère proprement administrative (réforme et simplification des services publics) ; ils deviennent les instruments de l'intervention de l'Etat, non seulement dans l'économie, mais dans tous les secteurs de la vie nationale. De source de droit administratif, ils deviennent *source administrative de droit.* Nicolas Roussellier met en évidence ce changement de *« paradigme »* dans l'usage des décrets-lois[278]. On se référera à ses travaux ainsi qu'à ceux de Jean Rivero[279].

195. Intervention dans l'économie. A partir des années 1930, écrit Nicolas Roussellier, *« les décrets-lois ne sont plus des outils provisoires spécialisés dans la seule réalisation d'économies budgétaires ; ils deviennent le fer de lance d'une « politique économique » »*[280]. Les mesures protectionnistes – d'encouragement et protection de l'activité économique – occupent, en effet, une large part de l'action réglementaire des ministères Doumergue, Laval, Chautemps et Daladier ; les décrets-lois confèrent notamment à l'économie son *statut juridique* (redéfinition des compétences des chambres d'agriculture et de commerce ; redéfinition du statut d'artisan ; création du « registre des métiers » ; réorganisation des statuts des organismes de crédit etc.) et encadrent la formation professionnelle[281] ; ils créent et déterminent le statut et le régime des *organes de direction de l'économie* (organisation des

[277] BERTHELEMY, H., RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit.,* p.11
[278] ROUSSELLIER, N., *Vers une histoire de la loi, op. cit.* ; ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.474 et s.
[279] RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit.,* p.191 et s.
[280] ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.475
[281] RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit*., p.191-199

administrations centrales des ministères de l'agriculture, du commerce et de l'économie nationale ; création d'organismes professionnels, corporatifs ou non (office national du blé, comités centraux du lait, comité central de la viande etc.) ; les décrets-lois régulent la production et les échanges en établissant les *régimes fiscaux* des marchandises, en établissant et surveillant leur *prix*, voire en établissant des *quotas*[282] etc. Les décrets-lois deviennent, de ce fait, des sources de droit commercial, et de droit fiscal ; en témoignent le *Supplément,* adossé en 1936, à la huitième édition du *Traité de droit commercial* de Jean Percerou intitulé : « Les décrets-lois de 1934 et 1935 concernant le droit commercial ».

196. Intervention sociale. La crise économique entraîne la crise sociale. Le nombre de chômeurs atteint presque le million en 1937. Le revenu moyen des Français s'affaisse de près de 10 %. Dans les années 1930, les décrets-lois deviennent des instruments de *progrès social* ; plusieurs d'entre eux renforcent, d'abord, les régimes *d'assurance* et les institutions de *prévoyance* (les décrets des 28 et 30 octobre 1935 modifient le régime des assurances sociales[283] ; des décrets du 30 octobre 1935 et 28 août 1937 renforcent le contrôle de l'Etat sur les Sociétés de secours mutuels[284] ; un décret du 14 juin 1938 assure la protection de l'épargne en instituant un fonds de compensation géré par la Caisse des dépôts[285]) ; nombreux sont, ensuite, les décrets-lois à organiser les régimes *d'assistance* (les décrets du 30 octobre 1935, souvent complétés par des décrets de juin 1938, simplifient et unifient l'admission à l'assistance (domicile de secours, assistance aux enfants, assistance aux « aliénés », assistance médicale gratuite, assistance aux « vieillards, infirmes et incurables », assistance aux familles nombreuses, assistance aux femmes enceintes et allaitantes, assistance aux « indigents valides »…), d'autres décrets réforment le régime des hospices et hôpitaux civils, ou celui des caisses de crédit municipal etc.[286] ; les décrets-lois, enfin, se déploient dans la *législation du travail* (organisation du ministère du travail, et de l'inspection du travail ; régime des

---

[282] *ibid.,* p.214-226

[283] Décrets des 28 et 30 novembre 1935 modifiant le régime des assurances sociales (régime applicable aux assurés du commerce et de l'industrie, et aux assurés de l'agriculture) (J.O.R.F. du 31 octobre, p.11606 (n°28) et p.11610 (n°29)

[284] Décret du 30 octobre 1935 modifiant la loi du 1er avril 1989 sur le régime des sociétés de secours mutuel (J.O.R.F. du 31 octobre, p.11564) ; Décret du 28 août 1937 modifiant la loi du 1er avril 1989 relative aux sociétés de secours mutuel (J.O.R.F. du 1er septembre, p.10886)

[285] Décret du 14 juin 1938 tendant à la constitution d'un fonds de compensation dans les caisses d'épargne (J.O.R.F. du 15 juin, p.6745)

[286] Pour une analyse complète, v. RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit*., p.255-264. La majorité de ces décrets date du 30 octobre 1935 (J.O.R.F. du 31 octobre, v. « titre XII : Ministère de la santé publique et de l'éducation physique », 30 décrets). Ils sont souvent complétés de décrets de juin 1938 (J.O.R.F. du 19 juin, ou du 29 juin 1938)

accidents professionnels, de l'hygiène et de la sécurité au travail ; lutte contre le chômage[287] ; refonte du régime du règlement des conflits individuels et collectifs au travail etc.)[288] Ici encore, les décrets-lois s'affranchissent de la sphère administrative ; ils s'immiscent dans les relations entre patrons, ouvriers et employés, deviennent des sources de droit du travail, préfigurent les régimes de Sécurité sociale de l'après-guerre. L'avènement du second conflit mondial accroît encore cette généralisation des décrets-lois.

197. Intervention « généralisée ». A la fin des années 1930, s'opère – selon les termes de Nicolas Roussellier – une *« généralisation horizontale »*[289] de l'usage des décrets-lois ; ceux-ci se déploient, non seulement dans les secteurs économiques et sociaux, mais dans tous les secteurs de la vie en société. Particulièrement, dans le secteur de la *défense nationale* – à mesure qu'on sent la guerre irrésistiblement approcher. En témoignent, par exemple, les nombreux décrets-lois du 20 mars 1939 relatifs, d'une part, à *l'organisation militaire* (réorganisation du commandement des régions militaires[290] ; rappel sous les drapeaux des militaires de la disponibilité et des réserves[291] ; augmentation des cadres d'officiers et de sous-officiers [292] etc.) et d'autre part, à *l'intensification de la production*, en vue du réarmement (priorité donnée à la fabrication d'armement[293] ; augmentation de la durée du travail à 60h par semaine[294] ; mise en place d'un régime d'avances (aides publiques) aux industriels de l'armement[295] ; renforcement et modification du recrutement du corps des ingénieurs militaires des fabrications d'armement[296] etc.) L'année 1939 voit se multiplier ces décrets-lois relatifs à la défense nationale qui, loin de se cantonner à la sphère militaire et industrielle de l'armement, s'étendent à tous les secteurs stratégiques comme les réseaux de

---

[287] Les décrets-lois organisent des « grands travaux » pour favoriser l'emploi (Décret du 15 mai 1934 relatif à la réalisation d'un plan de grands travaux contre le chômage au moyen des disponibilités des caisses d'assurances sociales (J.O.R.F. du 16 mai, p.4808) ; Décret du 24 mai 1938 autorisant l'exécution d'un plan de travaux ruraux et urbains (J.O.R.F. du 25 mai, p.5861)

[288] Pour une analyse complète, v. RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit*., p.199-214

[289] ROUSSELLIER, N., *Vers une histoire de la loi, op. cit.,* p.242 ; ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.484

[290] Décret du 20 mars 1939 relatif à la réorganisation du commandement des régions militaires (J.O.R.F. du 21 mars, p.3664)

[291] Décret du 20 mars 1939 tendant au maintien temporaire sous les drapeaux d'hommes libérables et modifiant la loi du 31 mars 1928 en ce qui concerne le rappelle des réservistes (J.O.R.F. du 21 mars, p.3664

[292] Décret du 20 mars 1939 relatif à l'adaptation des effectifs en officiers, sous-officiers et hommes de troupe aux mesures de réorganisations de l'armée (J.O.R.F. du 21 mars, p.3663

[293] Décret du 20 mars 1939 relatif à l'accélération des fabrications d'armement (J.O.R.F. du 21 mars, p.3665)

[294] Décret du 20 mars 1939 relatif aux conditions du travail dans les entreprises travaillant pour la défense nationale (J.O.R.F. du 21 mars, p.3665)

[295] Décret du 20 mars 1939 relatif au régime des avances (J.O.R.F. du 21 mars, p.3666)

[296] Décret du 20 mars 1939 relatif au renforcement du corps des ingénieurs militaires des fabrications d'armement et modification à son recrutement (J.O.R.F. du 21 mars, p.3668)

transport et télécommunication[297], la natalité[298], les hydrocarbures[299], le ravitaillement[300], l'information et la radiodiffusion[301] etc. A l'image de la guerre totale, les décrets-lois se déploient dans la *totalité* des secteurs de la vie nationale. Dès avant le 1er septembre 1939, ils sont les instruments d'une économie de guerre. Matériellement, ils cessent définitivement d'être une source de droit administratif. Cette généralisation – quantitative et qualitative – les érige en instrument de « droit commun » dans la conduite des affaires de la Nation, dès le temps de paix. Elle demeure pour le moins désordonnée.

2) Une généralisation désordonnée

198. Un « fouillis législatif ». Si les décrets-lois ne sont plus un problème politique à la fin des années 1930, ils commencent à devenir un problème pratique. Produit des circonstances, nés sous la pression des faits, les décrets-lois se généralisent entre 1924 et 1939 sans théorisation ou rationalisation préalables. On dénonce non seulement leur *« abondance excessive »*[302] (Louis Josserand) mais surtout leur manque de préparation, et l'absence de coordination d'ensemble. Avant 1945, aucun organisme consultatif ne participe à leur élaboration ; la consultation du Conseil d'Etat n'est acquise qu'aux lendemains de la Seconde guerre mondiale (*cf. infra*, n°388 s., n°724 s.). Souvent rédigés dans l'urgence par des ministères éparses, les décrets-lois apparaissent – y compris aux yeux de leurs défenseurs – comme un *« procédé de fortune et d'improvisation »*[303] (René de Lacharrière). On souligne leur élaboration hâtive ou défectueuse[304], d'où résultent de nombreuses *malfaçons rédactionnelles*, corrigées la plupart du temps par la publication ultérieure de rectificatifs ou *errata* – lesquels apportent souvent, sous couvert d'une simple correction, de véritables modifications substantielles au texte primitif (prorogation d'un délai, modification d'un seuil

[297] Décret du 18 avril 1939 relatif à des travaux télégraphiques et radiotélégraphiques (J.O.R.F. du 19 avril, p.4999)

[298] Décret du 18 avril 1939 relatif à l'encouragement des familles nombreuses (J.O.R.F. du 19 avril, p.5004) ; Décret du 29 juillet 1939 relatif à la natalité française (J.O.R.F. du 30 juillet, p.9605)

[299] Décret du 27 mars 1939 relatif à la protection des dépôts de pétroles et d'essences (J.O.R.F. des 27 et 28 mars, p.4011) ; Décret du 6 mai 1939 relatif au ravitaillement du pays en carburants (J.O.R.F. du 7 mai, p.5778)

[300] Décret du 1er juillet 1939 relatif à l'approvisionnement en sucre (J.O.R.F. du 2 juillet, p.8434)

[301] Décret du 29 juillet 1939 portant institution d'un commissariat général de l'information (J.O.R.F. du 30 juillet, p.9626) ; Décret du 29 juillet 1939 relatif à l'organisation de la radiodiffusion (J.O.R.F. du 30 juillet, p.9626)

[302] JOSSERAND, L., « Les déformations récentes de la technique législative », *Recueil Dalloz,* 1939, chronique n°5, p.9-12, spéc. p.11. Il ajoute : *« bientôt, la multitude des décrets-lois deviendra aussi néfaste que s'affirmait, dans notre ancien droit, la diversité des innombrables coutumes (...) ».*

[303] LACHARRIERE (de), R., « Le système des décrets-lois et le régime parlementaire », *art. cit.,* p.149

[304] HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *art. cit.,* p.257-258 ; JOSSERAND, L., *art. cit.,* p.11

etc.) On reproche aux décrets-lois leur disparité, voire leur incohérence ; *« certains,* écrit Marcel Poisot*, n'ont contribué qu'à embrouiller les choses plutôt qu'à les améliorer. »*[305] Il en est ainsi de la réforme de l'Etat, dispersée, entre 1926 et 1935, en *« une foule de décrets »*[306] (André Heilbronner), parmi lesquels figurent les 400 décrets-lois du ministère Laval presque tous datés du 30 octobre 1935 ; Roger Bonnard y voit *« le plus incohérent fouillis législatif qui se puisse imaginer »*[307], résultant d'une multiplicité de petites mesures, souvent sans rapport avec l'objet de la loi d'habilitation.

199. La nécessité d'un « arbitrage ». Face à ce constat, une *coordination centralisée* pour la préparation des décrets-lois apparaît bientôt nécessaire. Au cours des années 1930, des initiatives gouvernementales émergent en ce sens. Un décret du 9 juillet 1935 – édicté dans la foulée des pleins-pouvoirs conférés à Laval – institue dans chaque ministère un comité (dit « de la hache ») chargé de rechercher et de proposer toutes mesures tendant à la suppression ou à la réduction des dépenses publiques. Malgré leur composition interministérielle[308], ces comités – dont la consultation demeure simplement facultative – n'ont pas produit les effets escomptés[309]. Une initiative semblable est réitérée par décret du 25 mars 1939 ; cette fois, le décret institue une procédure de centralisation – un « comité administratif » est chargé de l'examen préalable des décrets-lois avant leur présentation au conseil des ministres[310]. Un décret du 30 mars 1940 s'inscrit dans la même lignée en créant un « comité interministériel économique » chargé de la centralisation et de la coordination des questions relatives à la conduite de l'économie de guerre[311]. Mais ces deux derniers comités, s'ils permettent d'assurer une coordination centralisée, ne disposent sans doute pas des techniciens nécessaires

---

[305] POISOT, M. *L'extension progressive du pouvoir réglementaire du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875,* Paris : Sirey, 1941, 120 pages, spéc. p.100

[306] HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *art. cit.,* p.258

[307] BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.299

[308] Ces comités sont composés comme suit : le ministre intéressé, un conseiller d'Etat ou un conseiller maître à la Cour des comptes, trois représentants du président du Conseil dont un membre du conseil national économique, trois représentants du ministre intéressé dont un fonctionnaire des services extérieurs, l'inspecteur général des finances, le contrôleur des dépenses engagées. La présidence du conseil est chargée de la coordination des études et propositions des différents comités (v. art. 2 et art. 4 du décret du 9 juillet 1935, J.O.R.F. du 10 juillet, p.7362).

[309] Néanmoins, comme le remarque Nicolas Roussellier, *« les comités de la Hache ouvraient des perspectives nouvelles et modernes pour le redéploiement du pouvoir « exécutif » au sein de l'appareil d'Etat : le pouvoir « exécutif » n'était plus seulement ni même principalement tourné du côté du Parlement mais orientait ses efforts et son travail du côté d'un organigramme nouveau, composé de conseils et comités polarisés par la présidence du Conseil et permettant l'élaboration de politiques générales, interministérielles dans le domaine économique principalement. »* (ROUSSELLIER, N., *Vers une histoire de la loi, op. cit.,* p.213)

[310] Le comité administratif est composé du directeur de cabinet du président du Conseil, du secrétaire général du ministère de la défense nationale et de la guerre, du secrétaire général du ministère des finances, du ou des représentants de chacun des ministres intéressés.

[311] La composition de ce comité interministériel est purement politique. Elle comprend tous les ministres intéressés par les questions économiques.

à la réalisation des réformes. Ces considérations expliquent pourquoi le Conseil d'Etat s'imposera, progressivement et définitivement, comme *« l'arbitre naturel »* [312] de l'élaboration des décrets-lois. Sa consultation, sollicitée par les réformistes dès les années 1930, est acquise au lendemain de la Seconde guerre mondiale (*cf. infra*, n°388 s., n°724 s.)

200. Héritage des *« formes du gouvernement de guerre »* (P. Renouvin), les décrets-lois s'imposent donc progressivement comme un instrument de gouvernement des temps ordinaires. Ils sont les outils imaginés, sous la pression des faits, pour résorber les crises monétaires, économique et sociale de l'entre-deux guerres. Plus rapides à préparer que la loi parlementaire, ils permettent surtout d'associer les techniciens à l'élaboration des politiques économiques et budgétaires dans les années 1920-1930. Ils se généralisent à mesure que les crises se généralisent, dans la durée, et dans tous les secteurs de la vie en société. Lorsque, le 10 juillet 1940, les Chambres habilitent le Maréchal Pétain à élaborer une nouvelle constitution, la France vit depuis 15 mois sous l'empire discontinu du régime des décrets-lois. Pour autant, à cette date, les pleins-pouvoirs ne sont plus un problème politique ; en l'espace d'une décennie, l'ensemble de la classe politique – y compris les socialistes, emmenés par Léon Blum – s'est résignée à les solliciter et à en faire usage. L'expérience traumatisante du régime de Vichy altérera profondément et durablement cet état des choses (*cf. infra,* chapitre suivant).

201. Conclusion de la section. Les crises de la première moitié du XXe siècle ont un effet catalyseur dans l'émancipation du pouvoir réglementaire. Leur brutalité et leur longévité, inenvisagées par les lois constitutionnelles de 1875, imposent un bouleversement des pratiques ; sous la pression des nécessités, la République parlementaire s'adapte au prix d'aménagements, toujours favorables à l'Exécutif. Les « règlements de nécessité », entre 1914 et 1918, et les « décrets-lois », dans l'entre-deux guerres, sont les instruments de cette adaptation des institutions libérales aux circonstances *extra*ordinaires. Ce bouleversement des pratiques est le produit des faits. Il s'opère dans le silence des textes, en marge des lois constitutionnelles de 1875, voire contre elles. Dans l'entre-deux guerres, ce constat conduit les acteurs à s'interroger sur ces mutations à et envisager la révision des textes.

[312] HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *art. cit.,* p.261

SECTION 2 :
L'INADAPTATION DES TEXTES : DE LA *LEX LATA* A LA *LEX FERENDA*

> « La révision constitutionnelle est légale, possible, nécessaire. Son maître but ? Restaurer, contre l'abusive omnipotence du Législatif, l'indépendance de l'Exécutif. »[313]
> André Tardieu

202. Le constat du bouleversement des pratiques, au cours de la première guerre mondiale, inaugure, dans l'immédiat après-guerre, un mouvement de la réforme de l'Etat[314]. Émergent de nombreux projets – parfois antiparlementaristes – visant à réformer les méthodes gouvernementales, en associant par exemple les industriels, les syndicats, ou la haute fonction publique, à l'exercice du pouvoir politique[315]. Ces projets irriguent le programme du Bloc national[316] et trouvent un écho – sans lendemain – dans « l'expérience Millerrand » de renforcement du pouvoir présidentiel, entre 1919 et 1924. Le mouvement de la réforme de l'Etat s'accélère et se généralise, dans les années 1930, à l'épreuve de la crise économique, financière et sociale, et de la montée des ligues d'extrême droite, qui se meuvent rapidement en crise de la République parlementaire. Il culmine, au cours de l'année 1934, avec « l'expérience Doumergue », qui – bien qu'infructueuse – révèle, aux lendemains de la crise du 6 février 1934, l'urgence d'une réforme du parlementarisme, perçu comme faible et inefficace[317]. Le réformisme constitutionnel ne disparaît pas avec la démission de Doumergue ; il perdure jusqu'au 1946, et dans une certaine mesure traverse la IVe République[318]. Bien que profondément hétérogène[319], les réformistes s'entendent *a minima* sur le constat d'un nécessaire renforcement de l'Exécutif, sur le plan organique et

---

[313] TARDIEU, A., *L'heure de la décision,* Paris : E. Flammarion, 1934, 281 pages, spéc. p.178

[314] En réalité, ce mouvement est ancien. Il apparaît dès la fin du XIXe siècle, dans un contexte de crise du régime représentatif. v., par exemple, BENOIST, C., *La crise de l'Etat moderne. De l'organisation du suffrage universel*, Paris : Frimin-Didot, 1895, 70 pages ; BENOIST, C., *L'organisation de la démocratie*, Paris : Perrin, 1900, 171 pages

[315] Ces projets sont exposés, dès 1925, par Pierre Renouvin (*Les formes du gouvernement de guerre, op. cit.,* p.136 et s.) Pour une synthèse récente, v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.141 et s.

[316] Selon les mots d'André Siegfried : *« La guerre ne vous a donc rien appris ? Cette formule indéfiniment répétée en venait à signifier que la vieille tradition républicaine avait fait son temps, qu'il fallait être* moderne, *c'est-à-dire changer complètement l'orientation politique et les méthodes gouvernementales »* (cité par CHEVALLIER, J.-J., *op. cit.,* p.534)

[317] Sur cet épisode, v. ROUSSELLIER, N., « La contestation du modèle républicain dans les années 30 : La réforme de l'Etat », *in :* BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain,* PUF, 1992, 431 pages, p.319-335

[318] v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.489 et s.

[319] Tous les réformistes constitutionnels ne sont pas nécessairement *révisionnistes* des lois de 1875, ni même nécessairement *républicains* (v. PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République, op. cit.,* p.33-36)

fonctionnel[320]. La question des fonctions de législation en général, et des décrets-lois, en particulier se retrouve bientôt au cœur du réformisme constitutionnel. Dans un premier temps, les acteurs s'attachent à démontrer la compatibilité, voire la consubstantialité, des nouvelles pratiques de législation gouvernementale avec les principes du système parlementaire moderne (§1). Dans un second temps, et face à la persistance du décalage entre les textes et la pratique, s'engage une réflexion sur la révision des textes, favorable à la rationalisation de la législation gouvernementale (§2).

§1. Les décrets-lois, révélateurs des mutations du système parlementaire

> « Les décrets-lois sont des décrets-lois, ce sont même des lois. Loin de protester contre eux, il faut y voir un facteur essentiel de la réforme parlementaire. Loin de crier à l'inconstitutionnalité, il faut y voir l'aboutissement logique et nécessaire du régime parlementaire. Ils doivent devenir un instrument normal de gouvernement et de législation »[321].
>
> René Capitant

203. Nés sous la pression des faits (*cf. supra,* section 1), les règlements de nécessité et les décrets-lois existaient avant d'être théorisés[322]. Le mouvement de réflexion constitutionnelle qui s'ouvre dans l'entre-deux-guerres aboutit à s'interroger sur ces nouvelles pratiques. Or, loin d'y voir une atteinte aux principes du parlementarisme, les réformistes les érigent en instruments modernes de gouvernement, révélateurs des mutations du système parlementaire au XXe siècle. Cette solution s'impose à la faveur de l'idée que « gouverner, c'est légiférer » (A), et qu'elle repose, en dernière analyse, sur une question de confiance (B).

A- « GOUVERNER, C'EST LEGIFERER » - ACTE 1

> « Gouverner, ce n'est plus agir dans le cadre des lois existantes, gouverner, c'est diriger cette législation elle-même, gouverner, en un mot c'est légiférer. »[323]
>
> René Capitant

204. Dans l'entre-deux guerres, le bouleversement des pratiques normatrices révèle une mutation des fonctions juridiques de l'Etat. S'impose progressivement l'idée que « gouverner,

---

[320] ROUSSELLIER, N., « La contestation du modèle républicain dans les années 30 », *art. cit.,* p.326

[321] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.334

[322] L'expression est employée, par Michel Verpeaux, à propos du pouvoir réglementaire en général. (v., *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799), op. cit.,* p.414)

[323] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.328

c'est légiférer ». La formule – qui connaîtra un « acte 2 » en 1958 (*cf. infra,* n°1046) – témoigne d'une double évolution du concept de loi[324]. Matériellement, le contenu de la fonction législative change de sens : la loi cesse d'être une institution, elle devient un « procédé de gouvernement » (1). Ce constat justifie, qu'organiquement, la fonction législative change de titulaire : la loi doit cesser d'être l'apanage du Parlement (2).

1) La loi, « procédé de gouvernement »[325]

205. Le constat de la « décadence » de la loi ou du « déclin du droit » est un *leitmotiv* de la pensée juridique conservatrice du milieu du XXe siècle. Dès les années 1930, on dénonce l'atteinte portée au mysticisme de la loi[326]. La notion traditionnelle de la loi, telle qu'elle résulte de l'idéal révolutionnaire de 1789, ne résiste pas aux mutations des fonctions politico-sociales de l'Etat. A une conception *libérale*, succède une conception *interventionniste* de la loi, bouleversant sa nature et son autorité. Georges Burdeau met en évidence ces évolutions dès l'entre-deux-guerres (et les regrette) ; il démontre qu'une conception « gouvernementale » de la loi a fait définitivement place à la conception « idéale », héritée de la Révolution française.

a) Aspects de la conception classique de la loi

206. La loi, concept « idéaliste, restrictif et juridique ». Dans l'idéal révolutionnaire, comme l'expose Portalis dès 1801, les lois sont moins des actes de puissance, que des actes de *« sagesse, de justice et de raison »*[327]. Car la loi est avant tout un concept *« idéaliste »*[328] (Georges Burdeau) ; elle résulte, non d'un acte de volonté, mais d'une opération rationnelle consistant à identifier, et transposer en droit positif, des principes de droit naturel préexistants

[324] Pour une analyse complète, v. BITTMANN, B., *L'esprit de la loi et le régime de Vichy : ruptures et continuités juridiques d'une République à l'autre,* Thèse, Limoges, 2013, 608 pages

[325] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* n°1-2, 1939, p.7-55, spéc. p.47

[326] v., sans prétendre à l'exhaustivité, BARTHELEMY, J., « Un tournant dans les conceptions françaises sur la loi », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle,* 1939, n°2, p.161-168 ; BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.* ; BURDEAU, G., « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit,* n°8, 1963, p.35 ; JOSSERAND, L., « Les déformations récentes de la technique législative », *art. cit.,* ; RIPERT, G., *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Paris : LGDJ, 1936, 463 pages ; RIPERT, G., *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine,* Paris : LGDJ, 1999, 225 pages, Reprod. photomécanique de l'éd. de : Paris : LGDJ, 1949 ; SAUVAGEOT, A., « Dévaluation de la Loi », *Revue politique et parlementaire,* avril 1946, p.29-38, mai 1946, p.112-123

[327] PORTALIS, J.-E.-M., « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil,* 1844, p. 12 reproduit *in :* MASTOR, W., BENETTI, J., EGEA, P., MAGNON, X., (dir.), *Les grands discours de la culture juridique,* Paris : Dalloz, 2017, 1500 pages, spéc. p.691

[328] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.12

et supérieurs à la volonté des hommes[329]. En ce sens, le Corps législatif est bien un *législateur* (qui pose, ou transpose, le droit) et non un *législfacteur* (qui crée le droit). De la conception révolutionnaire et classique de la loi, Georges Burdeau propose donc la définition suivante : *« la loi est la raison humaine manifestée par la volonté générale en qui elle s'incarne et exprimée par les représentants du peuple. »*[330] Elle est un concept presque transcendant ; découverte par la raison, elle dérive de la nature des choses. Elle préexiste aux hommes et à la société. De cette conception « idéaliste », écrit Georges Burdeau, découlent différents caractères, classiquement attachés au concept de loi. Ils empruntent leurs traits essentiels au droit naturel lui-même. Ainsi, dans cet idéal, la loi est – comme la nature des choses – « immuable et permanente », elle résiste aux changements sociaux et ne peut souffrir d'aucune révision périodique ; la loi est nécessairement « abstraite », rare et durable ; elle se confond avec la règle de droit, voire avec le Droit lui-même ; elle est « générale », comme les principes de la raison ; elle est « impartiale » ; elle ne souffre d'aucune concurrence dans l'édiction du droit[331]. Réceptacle de la nature des choses, et synonyme de raison, la loi exprime ainsi – en son sens classique – *l'ars boni et aequi*.

207. Il en résulte, ajoute Burdeau, que la loi est un concept *« restrictif »* ; elle est un cadre minimum à la coexistence des individus en société, non l'instrument de leur solidarité[332]. Son rôle – reconnaît déjà Henri Capitant – est *« purement négatif : il impose des abstentions, non des obligations positives »*[333]. La loi laisse aux hommes leur liberté d'action juridique ; elle ne se substitue pas à eux dans la satisfaction de leurs intérêts individuels, ni dans la réalisation du bonheur commun. Elle renvoie à une conception libérale de la société, se cantonnant à garantir le libre épanouissement du commerce juridique par les individus.

208. Enfin, dans la conception révolutionnaire traditionnelle, la loi est un concept proprement *« juridique »*[334] ; non seulement n'exprime-t-elle aucune volonté politique (car elle est purement recognitive de la nature des choses), mais surtout elle n'est pas l'instrument du changement social. Elle est une pure règle de droit, dénuée de toute considération

---

[329] v. aussi, SAINT-BONNET, F., « Loi », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.963

[330] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.12. Si d'ailleurs la *« volonté générale »*, exprimée par les représentants du peuple, et la *« raison »* sont assimilées dans cet idéal, c'est parce que *« la confiance dans les lumières de la raison (...) [s'appuie] sur la participation universelle des hommes à un jugement infaillible de l'intérêt commun »* (*ibid.* p.13-14).

[331] Ces six traits essentiels sont mis en évidence par Georges Burdeau, *ibid.,* resp., p.15, 16, 17, 17, 18, 18.

[332] *ibid.,* p.19 et s., spéc. p.20. Burdeau ajoute : *« Elle crée les cadres, mais ils sont vides »* (p.20).

[333] CAPITANT, H., *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales,* 5e éd., Paris : A. Pédone, 1929, 423 pages, spéc. p.35

[334] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.24 et s.

politique. La loi est conservatrice de la nature des choses ; elle est dépourvue de toute velléité réformiste, ou transformatrice. Elle garantit la vie en société mais ne la dirige pas. En un mot, le législateur ne *gouverne* pas.

b) L'effondrement de la conception classique : l'épreuve de l'interventionnisme

209. Force est de constater qu'au début du XXe siècle, le concept de loi – tel qu'idéalisé par Georges Burdeau – est en profonde mutation. La définition classique, « idéaliste, restrictive et juridique » de la loi, héritée du XVIIIe siècle, fait place à une conception « gouvernementale » de la loi. En 1939, Burdeau – qui déplore cette évolution – tâche d'en identifier les raisons. Elle résulte sans doute, pour une part, de l'attitude *« offensive »* des philosophes et des juristes qui, au XIXe siècle, n'ont cessé d'opérer un découplage entre la loi et le Droit[335] ; elle résulte surtout d'une mutation profonde des fonctions de l'Etat et des fins du pouvoir, que caractérisent le passage du libéralisme à l'interventionnisme et de la « démocratie gouvernée » à la « démocratie gouvernante »[336]. Désormais, les individus aspirent à substituer à l'ordre naturel des choses, un nouvel ordre social dont ils seraient les seuls maîtres[337]. Dans cette perspective, la loi n'est plus la simple traduction juridique de données naturelles, antérieures et préexistantes à la volonté des hommes ; elle devient un instrument de *« transformation des structures sociales »*[338], de direction, de correction, voire de refondation de la société. Elle exprime une *« volonté créatrice »*[339] ; elle *« prend en charge l'avenir du groupe »*[340] ; elle le dirige. Bref, elle gouverne.

210. La loi acquiert un caractère messianique. Elle commande les destinées de la Nation ; elle devient un instrument de progrès et de réforme ; elle n'est plus un cadre minimal à la coexistence des individus en société, mais la condition du bonheur commun. La loi est devenue un « procédé de gouvernement ». Disparaissent, en conséquence, les caractères inhérents à la conception classique – « idéaliste, restrictive et juridique » – de la loi. On se

---

[335] *ibid.,* p.36 et s., et p.39 et s.

[336] BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957,* Paris : les cours de droit, 1957, 603 pages, spéc. p.556 et s. ; v. aussi, BURDEAU, G., *La démocratie,* Paris : Seuil, 1956, nouvelle éd., 185 pages, spéc. p.52 ; BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome IV, Les régimes politiques,* Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952, 506 pages, n°255 et s.

[337] BURDEAU, G., *La démocratie, op. cit.,* p.52

[338] BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957, op. cit.,* p.558

[339] BURDEAU, G., « Les régimes politiques », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.113-140, spéc. p.137

[340] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.47

référera, sur ces questions, aux travaux de Bruno Bittmann[341] ; dont les conclusions sont, en vérité, déjà perçues à la fin des années 1930. *« Les lois ne sont plus des principes, mais des solutions »*[342], selon les mots de Georges Burdeau. Sous la pression des faits, le législateur s'immisce dans tous les pans de la vie en société ; les lois se multiplient, elles perdent en immuabilité, en abstraction, et en généralité. Elles s'individualisent et se spécialisent. Commentant ce phénomène, Georges Ripert écrit, en 1949 :

> « l'une après l'autre, toutes les professions reçoivent un statut légal, les experts comptables et les comptables agréés, les géomètres, les vétérinaires, les acheteurs de bétail, les inséminateurs, les exploitants d'hôtel de cure (…). [o]n peut faire dans les textes réglementaires son instruction dégustative et son éducation culinaire. On y apprendra à distinguer les huiles blanche, fine, vierge, de friture, de qualité, de choix ; les fromages gras, pâte grasse, crème et double crème, croûte et glace. S'il s'agit de la fabrication des produits, on saura comment doivent être fabriqués le savon, la térébenthine, les produits de parfumerie et de toilette, les produits antiparasitaires (…). »[343]

A la conception restrictive, se substitue donc une conception proactive de la loi. De ce fait, elle perd son caractère exclusivement juridique. La loi se *politise* : non seulement devient-elle l'instrument d'une politique publique (*policy*) – en témoigne, par exemple, le programme législatif du Front populaire –, mais surtout la loi s'érige en instrument de conquête et d'exercice du pouvoir (*politics*)[344]. Aux mains d'une majorité politique, elle exprime une volonté parfois partisane[345], au risque de s'ériger en arme braquée contre les opposants. En témoigne, la loi du 20 janvier 1940 prononçant la déchéance des élus communistes[346].

211. A la fin des années 1930, la loi perd donc l'essentiel des caractères traditionnellement inhérents à sa nature. Rien, sinon son origine organique, ne la distingue *absolument* d'un règlement de l'Exécutif. Plus abondante, plus technique, plus temporaire, plus réactive, et plus policière, la loi se rapproche *matériellement* du règlement. Sur le fond, les lois deviennent, comme les règlements, des actes de magistrature[347]. Leur force formelle est, à son tour, altérée par l'arrêt du 14 janvier 1938, *Société des produits laitiers* « *La Fleurette »*[348],

---

[341] v., BITTMANN, B., *op. cit.*

[342] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.50

[343] RIPERT, G., *Le déclin du droit, op. cit.,* p.74 et p.78

[344] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.47 et s.

[345] PACTET, P., « La loi, permanence et changements », *in : Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : Monchrestien, 1992, 707 pages, spéc. p.515

[346] Loi du 20 janvier 1940 prononçant la déchéance de certains élus (J.O.R.F. du 21 janvier, p.602) Sur cette loi, v. BITTMANN, B., *op. cit.,* p.239 et s.

[347] Lesquels s'opposent, dans les termes de Jean-Jacques Rousseau, aux « actes de souveraineté »

[348] CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »,* Rec., p.25 ; *S.* 1938.III.25, concl. Roujou, note Laroque ; *D.* 1938.III.41, concl. Roujou ; note Rolland ; *RDP,* 1938.87, concl. Roujou, note Jèze.

par lequel le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat du fait des lois. Cette décision rapproche le régime juridique de la loi de celui du règlement ; son immunité contentieuse demeure mais son essence souveraine est affectée. Joseph Barthélemy y voit un *« tournant dans les conceptions françaises sur la loi »*[349], ce que confirme le mouvement doctrinal inaugurée dans l'entre-deux-guerres, en France et en Allemagne, favorable au contrôle de la constitutionnalité des lois[350]. Ces constats conduisent les réformistes à s'interroger sur le titulaire de la fonction législative : si la loi est devenue un « procédé de gouvernement », si dans sa nature et dans son régime, la loi se rapproche du règlement, pourquoi ne pas en confier la maîtrise à l'Exécutif ?

2) L'Exécutif, « maître de la législation »[351]

212. Le constat d'une mutation du concept de loi amène les réformistes à réfléchir sur les titulaires de la fonction législative. Légiférer, c'est gouverner. Or, par sa structure même, le Parlement est incapable de gouverner (a). La participation de l'Exécutif aux fonctions de législation paraît donc nécessaire (b).

a) L'incapacité du Parlement à gouverner

213. Au sens fonctionnel, « légiférer c'est gouverner » ; c'est-à-dire diriger la vie sociale tout entière, présider aux destinées de la Nation. Cette « fonction gouvernementale » – qui retrouve une actualité dans les années 1930[352] – implique de réagir aux circonstances, de s'adapter à la conjoncture politique, d'engager, par ses choix, l'avenir du pays ; gouverner, écrit Burdeau, c'est *« prévoir l'avenir »*[353] ; en un mot, gouverner, c'est décider (*cf. infra,* n°552 s.). Or, il apparaît que – par sa structure même – le Parlement est incapable d'assumer cette fonction de décision, qui suppose de réagir aux contingences politiques et de choisir des réponses adaptées. Léon Duguit le relève dès 1924 :

> « Avec la complexité croissante des sociétés modernes, la tâche du Parlement est considérable, et forcément, à cause du grand nombre de ses membres, à cause des ambitions, des passions politiques qui, dans le milieu parlementaire, sont

[349] BARTHELEMY, J., « Un tournant dans les conceptions françaises sur la loi », *art. cit.*

[350] v., sur cette question, BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux guerres,* Clermont-Ferrand : Fondation Varenne ; diff. LGDJ, 2009, 612 pages

[351] L'expression est de Burdeau (« Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.224-225)

[352] Sur la fonction gouvernementale, *cf. infra,* n°547 s.

[353] BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.,* p.50

> forcément plus vives que partout ailleurs, le Parlement est un organe pesant, qui ne peut que difficilement remplir en son entier la mission qui lui incombe. »[354]

Là réside le paradoxe de la « démocratie gouvernante » ; *« l'ampleur de ce que le peuple veut faire,* écrit Georges Burdeau, *le condamne à ne pouvoir le faire lui-même. »*[355] La « démocratie gouvernante », qui substitue une conception interventionniste de la loi à une conception libérale, requiert une unité d'action et de résolution peu compatible avec la procédure parlementaire. Burdeau le relève en ces termes dans les années 1950 :

> « Lorsque la loi se donne pour objectif la transformation des structures sociales, lorsqu'au lieu d'encadrer les activités, elle les dirige, lorsqu'elle crée des privilèges pour les uns et pénalise les autres, lorsqu'elle pourvoit au logement, à l'emploi, à la santé et au bien-être, alors la foi dans les vertus de la démocratie représentative ne peut empêcher que les assemblées soient impuissantes à établir ce type de loi. »[356]

En définitive, *« la démocratie gouvernante requiert un pouvoir fort »*[357]. Or, comme le reconnaît René Capitant dès le milieu des années 1930, la conception *« individualiste »* du suffrage universel en France, *compromet* le fonctionnement du régime représentatif ; elle *« dénie au député le rôle de gouvernant, en le réduisant au rôle de défenseur des citoyens et de contrôleur des pouvoirs »*[358]. Elle anéantit, par là-même, le principe fondamental de la représentation, celui de l'identité entre représentants et gouvernants. La conception individualiste du suffrage aboutit, en réalité, à priver les assemblées de leur rôle gouvernemental, en transférant, *de facto,* cette fonction à la « bureaucratie » :

> « Le peuple ne peut pas gouverner lui-même, ni directement, ni indirectement. La démocratie, au sens formel du mot, n'est qu'une utopie, qu'il serait vain et dangereux de vouloir réaliser. Le peuple est fait pour contrôler, mais il doit être gouverné. Le progrès des institutions ne peut consister qu'à substituer au principe de l'hérédité le principe de la compétence. La monarchie héréditaire doit se transformer en monarchie bureaucratique. Mais le pouvoir gouvernemental reste nécessairement distinct du pouvoir représentatif. Les bureaux gouvernent (…) »[359].

214. Pour Capitant, tout l'enjeu est donc de réconcilier le « pouvoir gouvernemental », avec le principe représentatif ; les assemblées sont incapables de gouverner, mais le

---

[354] DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *RDP,* 1924, p.313-349, spéc. p.325

[355] BURDEAU, G., *La démocratie, op. cit.,* p.52

[356] BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957, op. cit.,* p.558

[357] BURDEAU, G., *La démocratie, op. cit.,* p.53

[358] CAPITANT, R., « La crise et la réforme du parlementarisme en France. Chronique constitutionnelle française (1931-1936) », *Jahrbuch der öffentlichen Rechts der Gegenwart,* Tübigen, 1936, p.1-71 réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.343-380, spéc. p.363 ; La théorie individualiste du suffrage, ajoute-t-il, *« rejette hors du Parlement l'idée de gouvernement que le régime représentatif tend au contraire à y placer ».* (*ibid.,* p.364)

[359] *ibid.,* p.364

gouvernement par les « bureaux » est démocratiquement inacceptable[360]. Où trouver, dès lors, l'organe susceptible d'assumer cette fonction gouvernementale en démocratie représentative ? C'est dans l'Exécutif, c'est-à-dire dans le ministère responsable, que réside la réponse.

b) La participation nécessaire de l'Exécutif aux fonctions primaires de législation

215. Si légiférer, c'est gouverner ; et si le Parlement est incapable de gouverner ; alors il faut – sauf à s'en remettre aux techniciens – transférer la maîtrise de la fonction législative à l'Exécutif, c'est-à-dire au ministère, politiquement responsable. Cette solution s'impose progressivement dans l'entre-deux-guerres. René Capitant la formule en ces termes :

> « Quant à la voie qui reste à parcourir, elle est nettement tracée. Il suffit de vouloir s'y engager. Elle consiste à faire passer aux mains du cabinet l'ensemble des pouvoirs gouvernementaux, et à donner à celui-ci la stabilité qui lui permettra de les exercer. Donner au cabinet l'ensemble des pouvoirs gouvernementaux ? Le moyen est connu, la France y a déjà recouru deux fois : ce sont les décrets-lois. »[361]

Pour l'auteur, la réforme du parlementarisme est donc réalisable à droit constant ; elle consiste à assumer l'idée d'un transfert des fonctions de législation vers l'Exécutif. Du reste, cette solution correspond à l'exacte description de l'évolution du droit positif, dans l'ensemble des démocraties européennes depuis la fin de la Première guerre mondiale. Boris Mirkine-Guetzévitch le relève, de la façon suivante, à la fin des années 1930 :

> « Gouverner, ce n'est pas seulement exécuter des lois ; gouverner, c'est donner l'impulsion à la vie politique du pays, prendre des initiatives, proposer au parlement de voter des lois, faire des nominations, commencer des poursuites judiciaires, bref, gouverner ne consiste pas du tout à exécuter seulement. (…) L'Exécutif, sous le régime parlementaire moderne, n'est pas seulement l'organe du gouvernement, il est l'organe puissant de la législation.
>
> C'est une « action législative » qu'exerce, au point de vue politique, l'Exécutif moderne. »[362]

Et, passant au registre prescriptif, Boris Mirkine-Guetzévitch conclut :

> « L'Exécutif est une force créatrice du régime parlementaire ; l'Exécutif doit avoir un véritable monopole de l'initiative législative ; et contrairement à toutes les vieilles théories livresques de la séparation des pouvoirs, sous le régime parlementaire, c'est l'Exécutif qui « légifère ». »[363]

---

[360] v., CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953*, Paris : les cours de droit, 1952/53, 344 pages, réédité *in : Ecrits constitutionnels,* Paris : CNRS, 1982, 485 pages, spéc. p.209-210

[361] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.334

[362] MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle : avec les textes constitutionnels,* Paris : Librairie Delagrave, 2 vol., 10e éd., 1938, 638 pages, spéc. p.35-36

[363] *ibid.,* p.36

216. Cette solution est partagée à la fin des années 1930[364]. Les réformistes s'entendent non seulement sur le constat que, *de facto*, l'Exécutif légifère, mais aussi sur l'idée que cette solution doit s'imposer *de jure.* Les travaux sur le pouvoir exécutif retrouvent, en effet, une actualité[365] ; ils confirment les thèses avancées par Hauriou quelques décennies plus tôt, aux termes desquelles l'Exécutif est – par sa nature même – le seul organe susceptible d'assumer cette fonction de direction de la vie en société : puissance « toujours sur pied » [366] quelles que soient les circonstances, agissant *uno solo*, avec le monopole de la force, il possède *« la synthèse de la conception, de la décision et de l'exécution »*[367], et revêt ainsi le caractère d'un pouvoir *« d'opération »*[368]. Dans les années 1930, ces constats conduisent à considérer qu'il faut, non seulement, confier à l'Exécutif la direction du processus législatif formel (c'est-à-dire la direction des travaux parlementaires)[369], mais surtout qu'il faut lui reconnaître des propres facultés de législation primaire, soit temporairement sur habilitation législative (les décrets-lois), soit définitivement et *proprio motu*, en certaines matières, sur le fondement direct de la Constitution. La dernière de ces solutions, qui impliquerait une révision des lois constitutionnelles de 1875, n'est que rarement privilégiée[370] ; la réforme du parlementarisme est réalisable à droit constant : *« il faut, et il suffit,* écrit Capitant, *que le Parlement, au lieu d'exercer lui-même [les pouvoirs], les délègue au ministère (...) »*[371] Loin d'être un problème politique, les décrets-lois apparaissent donc comme une solution à la réforme du système parlementaire. En 1945, ces considérations conduiront Georges Burdeau à militer pour l'abandon de la spécialisation fonctionnelle classique (législation / exécution) en faveur d'une

---

[364] v. par exemple, BLUM, L., *La réforme gouvernementale, op. cit.,* p.152 : *« [D]ans la vie des nations modernes, le mode d'action de l'Exécutif est nécessairement la loi, et le Législatif, en accordant ou refusant la loi, prend nécessairement sa part de l'action gouvernementale. »*

[365] v., par exemple, MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire », *RDP,* 1930, p.491-529 ; MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « L'Exécutif dans le régime parlementaire », *Revue politique et parlementaire,* 1931, p.155-163 ; MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Pleins pouvoirs sous le régime parlementaire », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris,* 1938, p.69-86 ; DENDIAS, M., *Le renforcement des pouvoirs du chef de l'Etat dans la démocratie parlementaire,* Paris : E. de Boccard, 1932, 137 pages ; GIRAUD, E., *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique,* Paris : Sirey, 1938, 414 pages ; GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.* ; GORDON, E., *Les nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'Etat,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, 436 pages ; HAIKAL, Y., *Le président du Conseil et l'évolution du parlementarisme en France. Etude juridique, politique et critique,* Paris : Librairie L. Rodstein, 1937, 536 pages ; POISOT, M. *L'extension progressive du pouvoir réglementaire du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, op. cit.*

[366] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.480 et s.

[367] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.385

[368] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2e. éd., p.717-719

[369] v., sur ce point, PINON, S., *op. cit.,* p.320 et s.

[370] v. néanmoins, HAIKAL, Y., *op. cit.,* p.445 ; GIRAUD, E., GANEM, A., « Plan de réformes d'ordre constitutionnel », *RDP,* 1940, p.5-57, spéc. p.55-57 (*cf. infra*, n°219 s.)

[371] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.333

consécration constitutionnelle d'une « fonction gouvernementale » – entendue comme fonction de décision – détenue conjointement par l'Exécutif et le Parlement[372] (*cf. infra*, n°553 s.). La question du « gouvernement législateur », inadmissible aux yeux de Joseph Barthélemy en 1917[373], apparaît donc, à la fin des années 1930, comme une réponse évidente à la crise du parlementarisme. Ne peut-on y voir, cependant, une atteinte à la séparation des pouvoirs ? Non, si l'on considère – comme les réformistes – qu'à la fusion fonctionnelle se superpose une fusion organique des pouvoirs.

B- GOUVERNER, UNE QUESTION DE CONFIANCE

> « Une question de pleins-pouvoirs, c'est une question de confiance. »[374]
>
> Léon Blum

217. La participation de l'Exécutif aux fonctions primaires de législation, en portant atteinte à la spécialisation fonctionnelle, demeure-t-elle conforme aux principes du parlementarisme ? A la faveur de l'étude du modèle de Westminster et des théories de Walter Bagehot et de Ramsay Muir[375], les réformistes y répondent par l'affirmative. Ils aboutissent à la conclusion que *« le régime parlementaire est le contrepied de la séparation des pouvoirs »*[376] (René Capitant). Cabinet et majorité parlementaire fusionnent sur le plan organique et fonctionnel[377] ; ils participent à la même fonction de direction de la vie en société, la fonction gouvernementale. En ce sens, la question des décrets-lois se résume à une question de confiance. Boris Mirkine-Guetzévitch l'a très tôt remarqué. En 1938, il le formule de la façon suivante :

> « Dans les démocraties contemporaines, avec le régime parlementaire, la lutte entre l'Exécutif et le Législatif ne doit pas exister (…) ; [elle] a été remplacée par une collaboration. (…)
>
> Le problème des décrets-lois et des pleins pouvoirs devient donc plus simple et perd le caractère scolastique qu'ont voulu lui donner les auteurs du XIXe siècle, opérant avec les théories créées sous la monarchie constitutionnelle. (…) Sous le régime parlementaire d'aujourd'hui, (…) le ministère s'appuie sur la majorité parlementaire, et de ce fait, il n'y a aucune différence, au point de vue

---

[372] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP,* 1945, p.202-228, spéc. p.213

[373] BARTHELEMY, J., « Le Gouvernement législateur », *art. cit.,* spéc. p.9

[374] J.O.D.P., Chambre des députés, page 1980 – 2e séance du 15 juin 1937

[375] v., par exemple, CAPITANT, R., « La crise et la réforme du parlementarisme en France », *art. cit.,* p.373 s.

[376] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.327

[377] v., LE DIVELLEC, A., « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs,* n°143, 2012, p.123-140

technique, entre une loi proposée par le ministère et homologuée ensuite par le parlement – et une règle législative préparée directement par le ministère en vertu des pleins-pouvoirs. L'une et l'autre de ces règles sont basées sur le consentement de la majorité, c'est-à-dire sur le suffrage universel. »[378]

« Dans la pratique des décrets-lois et des pleins-pouvoirs, c'est la majorité qui donne sa ratification antérieure ou postérieure aux mesures qui sont proposées par le ministère. Il y a donc une identité politique complète entre la procédure législative ordinaire et l'application des pleins-pouvoirs sous le régime parlementaire. »[379]

Cette position est très largement partagée à la fin des années 1930[380]. Léon Blum ne s'y trompe pas lorsqu'il sollicite – de sa majorité parlementaire – les pleins-pouvoirs le 15 juin 1937, en témoignent les propos reproduits en épigraphe. Loin d'être anti-démocratiques ou anti-parlementaires, les décrets-lois sont la manifestation ultime de la confiance de la majorité parlementaire envers le Cabinet ; en ce sens, ils sont – dans les termes de Capitant – *« l'aboutissement logique et nécessaire du régime parlementaire »* (*cf. supra*, n°203). Ces conceptions appellent deux remarques. D'une part, elles confirment que, du point de vue de la *science politique,* les décrets-lois cessent définitivement d'être un problème ; ils sont parfaitement conformes à la théorie moderne du régime parlementaire qui repose sur l'étroite fusion, organique et fonctionnelle, du Parlement et de l'Exécutif dans une même majorité. D'autre part, elles préfigurent les réflexions, d'actualité dans les années 1950, particulièrement en 1958[381], sur la recomposition des fonctions juridiques de l'Etat et la revalorisation de la fonction de contrôle parlementaire, contrepartie indispensable à l'expansion de la législation gouvernementale. A la distinction « législation / exécution », se substituerait ainsi une distinction « décision / contrôle » (*cf. infra,* n°1053 s.).

218. La législation gouvernementale est donc le corollaire nécessaire de la « démocratie gouvernante » [382] . A la conception libérale de l'Etat, succède une conception interventionniste ; cette mutation des fonctions politico-sociales implique une mutation des fonctions juridiques de l'Etat. La loi devient un instrument de direction de la vie en société,

---

[378] MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle, op. cit.,* 10e éd., p.33 et p.36-37

[379] MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Pleins pouvoirs sous le régime parlementaire », *art. cit.,* p.85

[380] v., par exemple, BLUM, L., *La réforme gouvernementale, op. cit.,* p.151 ; CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.328 ; LACHARRIERE (de), R., « Le système des décrets-lois et le régime parlementaire », *art. cit.,* p.144 ; GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.,* p.155

[381] v., TROPER, M., « De Gaulle et la séparation des pouvoirs », *in :* Institut Charles De Gaulle, *De Gaulle en son siècle,* t.2, Paris : Plon : La Documentation française, 1992, 564 pages, spéc. p.179-189 ; TROPER, M., « Les nouvelles séparations des pouvoirs », *in :* BAUME, S., BIANCAMARIA, F., *Les usages de la séparation des pouvoirs,* Paris : Michel Houdiard Editeur, avril 2008, 192 pages, spéc. p.17-37

[382] BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957, op. cit.,* p.540 et s.

c'est-à-dire un « procédé de gouvernement », qui justifie d'en confier la maîtrise à l'Exécutif. Ces considérations, loin d'apparaître comme une atteinte à la séparation des pouvoirs, sont pleinement conformes au système parlementaire moderne, qui repose sur l'union politique du Cabinet et de la majorité parlementaire. Malgré ces constats, le recours aux décrets-lois demeure largement anarchique et confus (*cf. supra,* section 1). Il inaugure, en France, un mouvement de révisionnisme constitutionnel, dont la législation gouvernementale devient, progressivement et durablement, l'enjeu.

§2. La législation gouvernementale, enjeu du révisionnisme constitutionnel

219. La législation gouvernementale s'impose progressivement et durablement comme un enjeu de la révision des lois constitutionnelles de 1875. La question n'apparaît pourtant que tardivement. Ni Alexandre Millerand, en 1923 et 1930, ni André Tardieu ou Gaston Doumergue, en 1934, n'envisagent de constitutionnaliser le recours aux décrets-lois[383]. Rien de tel ne figure, en réalité, dans les différents projets, d'origines diverses, élaborés au début des années 1930[384]. On en identifie facilement les raisons : d'une part, le recours aux décrets-lois est envisageable *à droit écrit constant* ; cette conclusion s'impose à la faveur du silence des lois constitutionnelles de 1875, sinon de leur caractère largement coutumier[385]. La révision constitutionnelle n'apparaît initialement nullement nécessaire. D'autre part, l'enjeu prioritaire semble, au début des années 1930, figurer dans la stabilisation organique de l'Exécutif et l'émergence d'un fait majoritaire. La question de la dissolution et celle du mode de scrutin cristallisent alors l'essentiel des débats. La législation gouvernementale ne devient véritablement un enjeu de la révision constitutionnelle qu'à la fin des années 1930. A cette date, le recours aux décrets-lois est devenu ordinaire, mais la pratique demeure largement désordonnée (*cf. supra,* n°188 s.). Une rationalisation s'impose. En la matière, les constitutions étrangères font figure de modèles (A) et représentent une source d'inspiration non négligeable du révisionnisme français, singulièrement fécond sous la Résistance (B).

---

[383] v., le discours du Président de la République, Alexandre Millerand, à Evreu, le 14 octobre 1923 (J.O.R.F. du 15 octobre, p.9917 et s.) ; MILLERAND, A., « En attendant une Constitution », *La Revue de Paris,* t.5, septembre-octobre 1930, p.721-739 ; TARDIEU, A., *L'heure de la décision, op. cit.,* ; S'agissant de la « Constitution Doumergue », v., « Les projets de réforme de l'Etat », *Le Temps,* 4 novembre 1934, p.3, col. 1

[384] Pour une présentation détaillée de ces projets, v. MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « La révision de la Constitution française », *L'année politique française et étrangère,* avril 1934, p.1-30

[385] v., CAPITANT, R., « La crise et la réforme du parlementarisme en France », *art. cit.,* p.345 : *« contrairement à une opinion répandue, la Constitution française est presque aussi entièrement coutumière que la Constitution britannique »* ; v. aussi, BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, Reproduction en fac-similé de l'édition refondue de Paris : Dalloz, 1933 augmentée de la préface d'origine de 1926, 955 pages, spéc. p.35 et s.

A- LES CONSTITUTIONS ETRANGERES, MODELES POUR UNE REVISION FRANÇAISE

220. En pleine crise du parlementarisme, les modèles étrangers font figure de sources d'inspiration pour la réforme constitutionnelle française. Émerge ainsi, dans l'entre-deux-guerres, une littérature comparatiste extrêmement foisonnante, incarnée en particulier par les travaux de Boris Mirkine-Guetzévitch (lui-même d'origine étrangère)[386]. L'étude des constitutions étrangères, sur plus d'une décennie, révèle une nette tendance au *« renforcement du pouvoir exécutif »*[387], y compris dans les démocraties. Au milieu des années 1930, la législation gouvernementale fait figure de véritable « standard » constitutionnel européen (1). Rien d'étonnant de constater que les principaux comparatistes de l'époque, soient aussi les principaux révisionnistes. Le projet d'Emile Giraud en témoigne (2).

1) La législation gouvernementale, standard constitutionnel européen

221. A partir de 1918, le retour à la paix, marquée par la victoire des démocraties occidentales, la chute des principaux empires européens, et l'émergence du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, ouvre une période de renouveau constitutionnel sans précédent en Europe. Inspirées d'un même idéal démocratique et parlementaire, méfiantes à l'égard de l'Exécutif, et cherchant à l'affaiblir, ces « constitutions de l'Europe nouvelle » sont cependant rapidement frappées par les crises de l'entre-deux-guerres[388]. Le renforcement de l'Exécutif est irrésistible, et généralisé ; il se traduit parfois par des révisions constitutionnelles, le plus souvent par des déformations des textes constitutionnels. Elles précèdent, maintes fois, l'avènement des autoritarismes. Si bien, qu'en 1938, Boris Mirkine-Guetzévitch constate que *« cet ensemble constitutionnel n'est plus en vigueur »*[389]. Il n'en reste pas moins que l'étude des textes et des pratiques, largement entreprise par la doctrine de l'époque, révèle de nombreuses convergences – qualifiées, rétrospectivement par Jeannette Bougrab, de

---

[386] v., par exemple, MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle : avec les textes constitutionnels, op. cit.,* 10e éd. ; (Sur ce point, PINON, S., « Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel », *Droits,* 2007, n°46, p.183-212) ; BURDEAU, G., *Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après-guerre,* Paris : Les éditions internationales, 1932, 445 pages ; GIRAUD, E., *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique, op. cit. ;* GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.* ; GORDON, E., *Les nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'Etat,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, 436 pages

[387] MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire », *art. cit.,* p.499

[388] MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle, op. cit.,* 10e éd., p.7-11

[389] *ibid.,* p.10

« mouvement de standardisation »[390]. La législation gouvernementale primaire (règlements « de nécessité », décrets-lois etc.) est un élément de ce *jus commune.* La doctrine francophone de l'entre-deux-guerres ne s'y trompe pas, et y consacre de nombreuses études[391].

222. Ces études révèlent que toutes les démocraties occidentales recourent, dans les années 1920, aux décrets-lois. Le mouvement inauguré au cours de la Première guerre mondiale, mis en évidence par Gaston Jèze en 1917[392], ne cesse de s'accentuer ; le Royaume-Uni (*Emergency Power Act,* 1920), la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, mais aussi la Pologne et la Tchécoslovaquie connaissent – avant même les dérives autoritaires ou totalitaires – des phénomènes de législation gouvernementale comparables à la France. Les Parlements démocratiques habilitent leurs Exécutifs à modifier les lois formelles en vigueur, pour surmonter les crises économiques et financières[393]. Mais ces phénomènes relèvent essentiellement des pratiques politiques. Rares sont les constitutions à les prévoir et les encadrer formellement. La Constitution allemande du 11 août 1919, dite « constitution de Weimar », fait figure d'exception ; l'article 48, alinéa 2, reconnaît au Président du *Reich* des pouvoirs exceptionnels en certaines circonstances[394]. La plupart des constitutions de

---

[390] BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République,* Paris : Dalloz, 2002, 768 pages, spéc. p.76-82

[391] v., par exemple, TINGSTEN, H., *Les pleins pouvoirs : l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre,* Paris : Stock, 1934, 350 pages ; ainsi que les nombreuses contributions présentées dans le cadre de « l'Institut international de droit public », à Paris, parues dans *l'Annuaire* comme SUKIENNICKI, W., « Deux ans de l'histoire constitutionnelle de la Pologne », *An. de l'Institut international de droit public*, 1930, p.1094-1113 ; WEYR, F., « Le problème des pleins pouvoirs législatifs », *An. de l'Institut international de droit public,* 1937, p.41-72 ; STAINOV, P., « L'exercice de la fonction législative par un organe de l'Exécutif », *An. de l'Institut international de droit public,* 1937, p.73-95 ; ou encore MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Pleins pouvoirs sous le régime parlementaire », *art. cit.* ; GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit*., p.137 et s. ; Jeannette Bougrab, en revanche, n'y consacre aucun développement.

[392] JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre, op. cit.*

[393] v. GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.,* p.138-141, et les exemples cités.

[394] Cet article dispose que « le Président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre public sont gravement troublés ou compromis dans le Reich, prendre des mesures nécessaires *[nötigen Maßnahmen]* pour leur rétablissement ». Cet article est triplement emblématique. Il résulte, d'abord, de la rédaction originale de la constitution de 1919 et non d'une révision constitutionnelle postérieure comme dans la plupart des autres pays où une disposition identique a été introduite. Il laisse, ensuite, à l'Exécutif la discrétionnalité du recours au pouvoirs spéciaux, dont l'exercice n'est conditionné par aucune habilitation ou délégation législative. La doctrine allemande a admis, enfin, que cet article permettait au Président du *Reich* d'édicter des mesures ayant valeur législative, permettant de déroger non seulement aux lois en vigueur mais aussi à sept droits fondamentaux garantis par la Constitution. (v. sur ce point, CAPITANT, R., « Le Président du *Reich », Res publica* (Bruxelles) [revue d'études politiques et internationales], décembre 1932, p.701-733, réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.405-423) Sans doute le dispositif de l'article 48 était-il soumis, aux termes de l'alinéa 3, au contrôle du Reichstag, ce qui permettait à René Capitant d'écrire que *« les prérogatives parlementaires sont donc sauvegardées, et [que] l'on ne peut parler de dictature présidentielle ». (ibid.,* p.408) Cette procédure d'habilitation n'était donc pas perçue, par Capitant, comme potentiellement dangereuse. On sait néanmoins aujourd'hui quel rôle l'article 48 de la constitution de Weimar a joué dans la chute de la République

l'immédiat après-guerres demeurent, au contraire, silencieuses sur la législation gouvernementale. La constitution polonaise du 17 mars 1921 est l'une des premières à faire l'objet d'une révision pour consacrer la pratique des décrets-lois, apparue en marge des textes ; la loi constitutionnelle du 2 août 1926 autorise le Président de la République polonaise à édicter des « règlements ayant force de loi », lorsque l'intérêt de l'Etat l'exige, ou sur habilitation législative[395]. Une voie similaire a été suivie en Lituanie en 1928, mais surtout en Autriche, à l'occasion de la révision constitutionnelle du 7 décembre 1929, qui autorise désormais le Président de la Fédération à édicter des règlements de nécessité, modifiant le cas échéant la législation en vigueur, lorsque le Parlement n'est pas réuni[396]. La Constitution espagnole du 9 décembre 1931 s'inspire de ces dispositifs.

223. Dans l'entre-deux-guerres, la législation gouvernementale est une pratique généralisée, et commune aux différents pays. Parfois même, elle acquiert un fondement constitutionnel ; dans cette hypothèse, soit les constitutions autorisent l'Exécutif à produire de la législation primaire *proprio motu* en cas de nécessité (Allemagne), ou lorsque le Parlement ne siège pas (Pologne, Autriche, Lituanie, Estonie, Espagne), soit elles l'autorisent à agir sur habilitation législative (Pologne, Espagne). En rationnalisant ainsi les pratiques, le recours aux décrets-lois paraît, selon les termes, d'Emile Giraud *« légalisé et normalisé »*[397]. A la fin des années 1930, la tentation grandit de réviser en ce sens les lois constitutionnelles de 1875.

2) Le révisionnisme des comparatistes : le projet Giraud-Ganem

224. Bien qu'il soit conforme au droit constitutionnel du système parlementaire moderne, le recours aux décrets-lois demeure en France largement improvisé, désordonné voire anarchique (*cf. supra*, n°198 s.). A la fin des années 1930, ce constat conduit certains auteurs

---

allemande et l'avènement du nazisme. (v., LE MESTRE, R., « Les pouvoirs exceptionnels du Président du Reich en vertu de l'article 48 de la constitution de Weimar. De la protection à la subversion de l'ordre constitutionnel », *Revue historique de droit français et étranger,* vol. 89, 2011, p.81-102).

[395] « Article 44, alinéa 3 : Lorsque l'intérêt de l'Etat l'exige impérieusement, le Président de la République peut, entre le moment de la dissolution de la Diète et du Sénat et celui de la réunion de la nouvelle Diète, promulguer sur les matières de la législation d'Etat des règlements ayant force de loi. Toutefois, lesdits règlements ne peuvent déroger à la Constitution (…) ni aux lois sur les élections à la Diète et au Sénat » ; « Article 44, alinéa 4 : Les lois peuvent autoriser le Président de la République à prendre des règlements ayant force de loi, aux dates et pour la durée par elles fixées, réserve faite pour les changements à la Constitution ».

[396] « Article 18, alinéa 3 : Si, pour éviter à la collectivité un dommage manifeste et irréparable, l'adoption immédiate de mesures *[Maßnahmen]* pour lesquelles la constitution exige une décision du Conseil National est nécessaire à un moment où le Conseil National n'est pas réuni, ne peut se réunir en temps utile ou est empêché d'exercer son activité par une cause de force majeure, le Président de la Fédération, sur la proposition du Gouvernement fédéral, sous sa propre responsabilité et sous celle du Gouvernement, peut prendre ces mesures par des ordonnances provisoires modifiant les lois *[gesetzändernde Verordnungen]* (…) ».

[397] GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.,* p.141

à militer pour une rationalisation du procédé ; c'est-à-dire *a minima* pour la reconnaissance constitutionnelle de son existence, sinon pour l'encadrement de son étendue et de son régime. Ainsi émerge une pensée révisionniste favorable à la constitutionnalisation de la législation gouvernementale primaire. Sans surprise, elle émane de la doctrine comparatiste ; et parachève souvent les importantes études consacrées aux constitutions étrangères. En témoigne, le projet d'Emile Giraud et d'André Ganem, élaboré en juillet 1939, et paru à la *Revue du droit public* en janvier 1940[398]. Les deux auteurs ont une connaissance fine des droits constitutionnels et systèmes politiques étrangers. Emile Giraud, major de l'agrégation de droit public en 1924, est professeur à l'université de Lille. En 1927, il intègre en détachement le secrétariat de la Société des Nations (SDN). En 1938, il est l'auteur de deux importantes monographies consacrées à l'Exécutif dans les démocraties occidentales[399]. André Ganem, est fonctionnaire de la SDN et agrégé d'histoire. En 1936, il est membre du cabinet d'Yvon Delbos, ministre des affaires étrangères du Front populaire.

225. Leur projet – long de 53 pages – est incontestablement républicain. Il envisage une réforme de la démocratie, et une révision des lois constitutionnelles de 1875, non pour mettre à bas les principes républicains, mais pour restaurer l'autorité de l'Etat. Il s'appuie sur les principales conclusions tirées de l'étude des systèmes français et étrangers des deux dernières décennies ; et propose, en particulier, de constitutionnaliser la pratique de la législation gouvernementale. On y lit :

> « Du fait du rôle croissant de l'Etat, des crises politiques et économiques et sociales, de la division et des défectuosités des parlements, la fonction législative ne peut être remplie par le seul parlement. (…) [D]ans les circonstances présentes, il faut consacrer le système des décrets-lois comme un système normal et l'organiser. »[400]

Partant de l'idée que, dans le régime parlementaire moderne, le rôle du Parlement *« est essentiellement d'investir de sa confiance le Gouvernement »*, les deux auteurs proposent de reconnaître à l'Exécutif le pouvoir d'édicter des décrets-lois *proprio motu,* c'est-à-dire sans habilitation législative préalable, et en toutes matières. Ils en conditionnent néanmoins l'exercice à l'organisation d'un débat devant les Chambres, pouvant aboutir à la mise en jeu

---

[398] GIRAUD, E., GANEM, A., « Plan de réformes d'ordre constitutionnel », *RDP,* 1940, p.5-57

[399] GIRAUD, E., *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique, op. cit.,* ; GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.* ; Après la guerre, il est membre de la division des droits de l'homme du secrétariat des Nations Unies où il participe à l'écriture de la convention sur le génocide. En 1956, il représente la France à Genève au cours de la conférence sur l'esclavage. V. sa biographie détaillée sur le site de la SFDI (http://www.sfdi.org/internationalistes/giraud/).

[400] GIRAUD, E., GANEM, A., « Plan de réformes d'ordre constitutionnel », *art. cit.,* p.55

de la responsabilité ministérielle. Les décrets-lois peuvent être modifiés ou abrogés par les lois formelles. Ils sont soumis au contrôle de constitutionnalité des tribunaux ordinaires[401].

226. Le projet n'a rien de révolutionnaire en 1939. Il ne fait que consacrer une pratique récurrente depuis 1924, qu'il entend associer à l'exercice revalorisé de la fonction de contrôle. L'Exécutif, investi de la confiance de la majorité parlementaire, se verrait autorisé à légiférer par décrets-lois, pour une durée indéterminée. Émerge ainsi l'idée d'un « contrat d'investiture » ou « contrat de majorité », popularisée dans les années 1950 par Pierre Mendès France (*cf. infra,* n°755 s., n°1077 s.). Paru en janvier 1940, le projet est vite oublié. Cependant, Emile Giraud ne cessera, sous la IVe République, de militer pour la constitutionnalisation de la législation gouvernementale. Il figurera, sans surprise, parmi les rares professeurs de droit à accueillir d'un bon œil la Constitution de 1958[402]. Pour l'heure, le révisionnisme se poursuit, clandestinement, dans les projets constitutionnels de la Résistance ; la question des décrets-lois y occupe une place non négligeable.

B- LA LEGISLATION GOUVERNEMENTALE, ENJEU DES PROJETS CONSTITUTIONNELS DE LA RESISTANCE

227. L'avènement du régime de Vichy, en juillet 1940, marque un coup d'arrêt temporaire au mouvement de la réforme de l'Etat, en général, à la pensée révisionniste, en particulier. Mais la défaite, et le renversement de la République par les actes constitutionnels du Maréchal Pétain, ont aussi l'effet d'un catalyseur ; bientôt, on réfléchit à *« Refaire la France »* (M. Debré), et les projets constitutionnels sont féconds, bien que clandestins et découverts à la Libération[403]. La modernisation des fonctions de l'Etat, de leur contenu et de leur exercice par les organes, figure au cœur des réflexions. La rationalisation de la législation gouvernementale aurait le mérite de consacrer, et d'encadrer, la pratique des vingt dernières années (1). Mais la dictature de Vichy discrédite bientôt le pouvoir exécutif, en général, et les décrets-lois, en particulier (*cf. infra,* chapitre suivant). Dès avant 1945, l'idée d'une déconcentration de la fonction législative fait figure d'alternative la législation gouvernementale (2).

---

[401] *ibid.,* p.10 et p.55-57

[402] GIRAUD, E., *La reconstruction politique de la France,* Paris : Flammarion, 1945, 239 pages, spéc. p.109-110 ; GIRAUD, E., « Le projet de Constitution de la Commission de la Constitution », *Revue politique et parlementaire,* n°553, février 1946, p.97-128 ; GIRAUD, E., « Corrections à la constitution écartée par le pays », *Revue politique et parlementaire,* n°558, juillet 1946, p.7-19 ; GIRAUD, E., « La réforme des institutions », *Le Monde,* 28, 29 juin 1958 ; GIRAUD, E., « Une Constitution démocratique », *Le Monde,* 21-22 septembre 1958

[403] v., sur ces projets, BOUGRAB, J., *op. cit.,* p.191 et s. ; CALLON, J.-E., *Les projets constitutionnels de la Résistance,* Paris : La Documentation française, 1998, 244 pages

1) Vers une rationalisation de la législation gouvernementale ?

228. La « rationalisation » consiste, selon les mots de Boris Mirkine-Guetzévitch, *« à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par les règles du droit écrit. »*[404] A l'origine, elle est donc une formule parfaitement neutre [405] . Elle devient rapidement synonyme d'encadrement, ou d'organisation, par les textes des mécanismes politiques. En témoignent, par exemple, les propos d'Emile Giraud et André Ganem en 1939[406]. Quoi qu'il en soit, l'idée de « rationalisation » n'a pas la signification négative – celle de « rationnement » – que lui attribuera la doctrine de la Ve République, pour disqualifier l'atteinte systématiquement portée par le texte de 1958 aux prérogatives parlementaires (*cf. infra,* n°1043).

229. L'idée de rationaliser la législation gouvernementale, c'est-à-dire de la consacrer et de l'encadrer au niveau constitutionnel, s'impose progressivement – à la faveur de l'expérience des dernières décennies – comme un moyen de modernisation des institutions. Elle figure au cœur de plusieurs projets constitutionnels de la Résistance, de la droite et du centre. Consulté, en juillet 1942, par le général De Gaulle sur la future transition constitutionnelle, Jules Jeanneney – dernier président du Sénat de la IIIe République – expose cette idée dans des « Réflexions sur la Constitution » dans les termes suivants :

> « Beau spécimen de la sobriété des lois constitutionnelles de 1875 ! Elles n'ont rien dit de la manière dont les règlements seraient édictés : ce mode a été déduit de la loi du 25 février 1875, article 3, paragraphe 1, selon lequel le Président de la République « surveille et assure l'exécution des lois ». Or, la disposition est par elle-même peu explicite. Ce qui a valu davantage c'est la puissance de la tradition d'après laquelle le pouvoir d'édicter une législation secondaire a toujours été reconnue au chef de l'Etat. Mais la matière eût valu d'être réglée. Les controverses qui durent encore sur la nature, les limites et la portée du pouvoir réglementaire (…) nous auraient été épargnées. D'autre part, il y a un accord général pour voir dans le règlement une variété d'acte législatif, un prolongement de la loi, pour tout ce qui est en lui d'ordre général ou même simplement organique. Cela vaut d'être précisé : on doit déterminer les actes réglementaires qui ont un caractère législatif (…) par oppositions aux actes d'ordre individuel ou simplement administratif (…). Une telle tâche ne saurait être éludée (…). »[407]

---

[404] MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *Revue internationale de droit comparé,* n°4, octobre-décembre 1950, p.605-638, spéc. p.607

[405] LE DIVELLEC, A., « Vers la fin du « parlementarisme négatif » à la française ? », *JusPoliticum,* n°6, décembre 2011, p.13

[406] *« Organiser le travail de l'Etat par une série de mesures consistant à ne demander à chaque organe que ce qu'il est capable de bien faire, à diviser et à limiter les tâches, à fixer les responsabilités, tel est le deuxième moyen [de réaliser la réforme de l'Etat]. »* (GIRAUD, E., GANEM, A., *art. cit.,* p.9)

[407] JEANNENEY, J., « Réflexions sur la Constitution », 1943 reproduit *in :* DECAUMONT, F., (dir.), *Le discours de Bayeux (16 juin 1946) : hier et aujourd'hui,* Colloque l'Association française des constitutionnalistes avec la participation de l'université de Caen, Bayeux, 15 juin 1990, Economica : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 252 pages, spéc. p.169

Ainsi, Jules Jeanneney appelle à une rationalisation de la législation gouvernementale, qui permettrait d'établir une distinction entre les fonctions de législation primaire (décrets-lois) et secondaires (RAP, règlements complémentaires) de l'Exécutif, sans les réduire à des fonctions « d'exécution des lois ». Pour lui, le pouvoir réglementaire est donc une *« attribution à remanier »*[408]. Mais il s'en tient à proposer un partage du pouvoir réglementaire général entre Président de la République et président du Conseil.

230. Une étape supplémentaire est franchie par le Comité général d'études (CGE)[409]. Structure officielle de la France Libre, créée en 1942 sous l'égide de Jean Moulin, et rattachée au Comité national français, le CGE a pour principales fonctions de réfléchir à la réforme de l'Etat, au rétablissement de la légalité républicaine et de centraliser les réflexions de la résistance intérieure[410]. Essentiellement composé d'experts juridiques (sept de ses neufs membres sont des juristes, dont deux membres du Conseil d'Etat)[411], le Comité élabore un projet constitutionnel en 1943 érigé – beaucoup plus tard – en véritable « totem » de la pensée gaulliste[412]. L'influence de Michel Debré y est sensible. Dès cette époque, il est l'auteur de plusieurs réflexions constitutionnelles, centrées sur l'amélioration du fonctionnement du système parlementaire[413]. Il perçoit l'intérêt – et même la nécessité – du recours à la législation gouvernementale, notamment en matière économique, mais refuse la solution des pleins-pouvoirs, tels qu'ils sont pratiqués depuis 1934 :

> « Le recours régulier au vote des pleins pouvoirs marquait en France avant la guerre cette évolution qui est très générale dans les pays du monde. Mais cette procédure nécessaire est en même temps dangereuse : le Parlement est en effet amené jusqu'aux bords de l'abdication totale, et s'il est néfaste pour son prestige qu'il soit incapable de trouver une solution à des affaires importantes, il est aussi néfaste de le voir se dépouiller, après quelques heures de discussion, des attributions

---

[408] *ibid.*

[409] Sur cet organisme, v. BELLESCIZE, D. (De), *Le Comité général d'études de la Résistance,* Université de Paris II, thèse dactylographiée, 1974, 817 pages ;

[410] v., CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »,* Paris : LGDJ, 2005, 665 pages, spéc. p.448 et s. ; BITTMANN, B., *L'esprit de la loi et le régime de Vichy, op. cit.,* p.280 et s. et p.319 et s. Il s'articule autour de quatre commissions (questions constitutionnelles et administratives ; problèmes économiques et financiers ; politique extérieure ; questions syndicales)

[411] Au départ, le Comité réunit, sous pseudonymes, quatre personnalités représentant diverses sensibilités politiques : François de Menthon (« Tertius »), professeur de droit, chrétien-démocrate ; Paul Bastid (« Primus »), professeur de droit, radical ; Robert Lacoste (« Secundus »), fonctionnaire des finances, syndicaliste ; Alexandre Parodi (« Quartus »), maître des requêtes au Conseil d'Etat. Rejoignent ensuite le Comité Pierre-Henri Teitgen, professeur de droit ; René Courtin, économiste ; Michel Debré, maître des requêtes au Conseil d'Etat ; Jacques Charpentier, bâtonnier du barreau de Paris ; Pierre Lefaucheux, ingénieur des arts et métiers.

[412] v., WAHL, N., « Aux origines de la nouvelle constitution », *Revue française de science politique,* 1959, n°1, p.30-66

[413] Ses réflexions sont publiées à la Libération. DEBRE, M., MONICK, E., *Refaire la France. L'effort d'une génération.* Paris : Plon, 1945, 180 pages

qui forment sa raison d'être. Au surplus, la valeur des décrets-lois fut, dans l'ensemble très médiocre et ne plaide guère en faveur de ce système. »[414]

Aux yeux de Michel Debré, le vote des « pleins-pouvoirs » fait figure d'abdication du régime parlementaire ; le Parlement *« perd la face aux yeux de la Nation »*[415]. Pour l'éviter, la solution réside *« dans le partage soigneusement établi entre Parlement et gouvernement des attributions législatives et réglementaires »*[416], c'est-à-dire dans la coordination des domaines de la loi et du règlement (*cf. infra,* n°615, et n°884 s.). Pour Debré, il est *« normal »* de fixer un domaine réservé à la loi – indisponible à la compétence du législateur parlementaire, c'est-à-dire insusceptible de « délégation » – et de laisser, hors de ce domaine, une large autorité à l'Exécutif. Pour l'auteur, la modernisation du système parlementaire, et de la fonction législative, passe donc par une revalorisation conjointe du Parlement et de l'Exécutif. Plusieurs projets sont élaborés en ce sens par Michel Debré[417]. L'idée de la coordination des domaines figure, sans surprise, au cœur du projet de constitution du Comité général d'études :

« Article 25 : Le Président de la République est chargé, avec l'aide des ministres, du gouvernement et de l'administration de la France et de son Empire. Il prend, à cet effet, par décret toutes les mesures utiles et a le pouvoir de modifier ou d'annuler les lois antérieures à la présente Constitution, sous réserve des dispositions de l'article 32. » (…)

Article 32 : « Le Parlement a seul compétence pour statuer sur les mesures concernant :

- la liberté de conscience, la liberté individuelle, la liberté d'enseignement, la liberté de la presse, l'état des personnes, l'acquisition ou la perte de la nationalité française, l'amnistie ;

- la réglementation des élections à la Chambre des députés et au Sénat, ainsi que le fonctionnement de ces assemblées, les incompatibilités des mandats politiques avec les fonctions publiques ou privées ; l'organisation du tribunal prévue par l'article 10 de la Constitution ;

- l'organisation et le fonctionnement du Conseil d'Etat, l'organisation de la justice et le statut de la magistrature, la division du territoire en départements et en communes, ainsi que le mode de nomination des conseils généraux et municipaux ;

---

[414] DEBRE, M., « Le problème constitutionnel français », *Les Cahiers politiques,* n°8, avril 1944, reproduit par CALLON, J.-E., *Les projets constitutionnels de la Résistance, op. cit.,* p.98

[415] *ibid.*

[416] DEBRE, M., MONICK, E., *Refaire la France, op. cit.,* p.131-132

[417] DEBRE, M., « Le problème constitutionnel français », *art. cit.* ; DEBRE, M., MONICK, E., *Refaire la France, op. cit.,* p.131-132 ; D'autres projets (datés du 14 janvier 1946 et 18 juin 1948) sont établis par Michel Debré après la Libération, et proposés au général De Gaulle. Il projets sont reproduits *in :* DEBRE, J.-L., *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle,* Paris : LGDJ, 1974, 461 pages, spéc. p.25-37.

Le Parlement ne peut déléguer au gouvernement la compétence qui lui est reconnue par le présent article »[418].

Un dernier projet d'article fixe le sort des lois matériellement réglementaires. Le projet du Comité général d'études est d'une grande technicité constitutionnelle. Il révèle combien les résistants qui entourent le général de Gaulle prennent conscience de l'importance acquise par la législation gouvernementale dans la conduite des affaires de la Nation, et combien la réforme du système parlementaire implique certainement d'en consacrer l'existence et d'en encadrer l'exercice. S'ils ne sont pas aussi aboutis que ceux de Debré et du Comité général d'études, d'autres projets constitutionnels de la Résistance font état de considérations comparables. La rationalisation de la législation gouvernementale figure, par exemple, au cœur du projet de « Défense de la France », organisation de la résistance intérieure constituée autour de Philippe Viannay et Robert Salmon[419], ou dans le projet de Charles Dumas, ancien député socialiste[420].

231. Mais l'avènement du régime de Vichy a tôt fait de discréditer les décrets-lois ; le vote des « pleins-pouvoirs » au maréchal Pétain, en juillet 1940, disqualifie la pratique des lois d'habilitation ; l'usage de législation gouvernementale, employée à détruire les principes de la République, passe pour l'instrument de la collaboration avec le régime nazi ; la figure de Pierre Laval synthétise d'ailleurs, à elle-seule, l'identification des décrets-lois (tels que pratiqués en 1935) à la dictature de Vichy. La législation gouvernementale redevient, alors, un problème politique ; elle fait figure de *« hantise »* républicaine (C. Nicolet) (*cf. infra,* chapitre suivant). Ces considérations expliquent que d'autres projets constitutionnels de la Résistance – les plus à gauche – entendent rationaliser l'exercice de la fonction législative, sans recourir à la législation gouvernementale.

2) Une alternative : la « déconcentration » des fonctions de législation

232. Avec le régime de Vichy, la législation gouvernementale fait figure d'instrument fasciste. Aux critiques techniques adressées aux décrets-lois dès la fin des années 1930, se superposent bientôt des objections de principe, qui renouent avec l'idéal républicain du

[418] Projet du Comité général d'études, reproduit *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.57-58

[419] La fonction législative y est exercée conjointement par l'Assemblée (législateur positif) et le Président qui dispose d'un droit de veto (législateur négatif) (article 147). Lorsque les circonstances l'exigent, l'Assemblée peut investir le Président de pouvoirs extraordinaires (article 37). Le domaine de la loi est longuement défini à l'article 147. Projet reproduit *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.60 et s.

[420] Le projet prévoit, à l'article 27, que le président du Conseil *« réglemente par décrets les matières qui ne sont pas de la seule compétence de la Chambre ».* Projet reproduit *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.171

gouvernement par la loi parlementaire (*cf. infra* n°281 s.). Les détracteurs des décrets-lois conviennent néanmoins d'une nécessaire modernisation des fonctions de législation. Comment y parvenir, sans en transférer l'exercice vers l'Exécutif ? L'idée d'une « déconcentration » (J. Moch) du travail législatif vers des commissions (parlementaires, ou extérieures au Parlement) s'impose progressivement. Elle est inspirée des expériences étrangères de l'entre-deux guerres, notamment du modèle tchécoslovaque de 1920[421], et suscitera un vif intérêt, en 1945-1946, dans les travaux de l'Assemblée nationale constituante, comme une alternative crédible aux décrets-lois (*cf. infra*, n°339 s.), et consacrée dans la Constitution italienne de 1947[422].

233. La déconcentration de la fonction législative inspire les projets constitutionnels de la Résistance les plus à gauche. Dans son projet paru en 1944, André Hauriou, « socialiste humaniste », expose la problématique en ces termes :

> « nous pensons qu'il convient, d'une part, de désencombrer l'ordre du jour des assemblées, et d'autre part, d'éviter le procédé des décrets-lois qui aboutit à une véritable démission du Parlement. La solution nous paraît être d'établir que seuls les projets de loi importants sont discutés en assemblée publique. Les autres sont délibérés par la commission compétente et, si l'accord se fait entre la majorité de la commission et le gouvernement, le projet est promulgué, à moins que, dans un délai de trois jours, une demande de discussion publique ne soit présentée par le quart des membres de l'Assemblée. »[423]

L'auteur propose ensuite un catalogue de matières réservées à la législation en assemblée plénière (budget et lois de finances, libertés publiques, défense nationale, organisation territoriale etc.) Le projet associe le Gouvernement à l'exercice de cette législation en commission. Une solution semblable est proposée par la Commission d'études de la réforme de la Constitution, réunie à Alger à l'initiative d'André Philip (commissaire du CFLN chargé des rapports avec l'Assemblée consultative)[424]. Dans le rapport qu'elle remet au général De Gaulle, en 1944, la Commission partage le constat – communément admis à l'époque – d'une nécessaire révision de l'exercice de la fonction législative :

> « L'expérience ancienne a montré que la procédure législative pour certains textes économiques et sociaux est souvent trop longue et trop lourde. Par ailleurs,

---

[421] v., la Constitution tchécoslovaque du 29 février 1920 (art. 54) dans laquelle l'élaboration d'une législation de crise est confiée à un comité spécial, émanant proportionnellement des deux chambres du Parlement. v. MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle, op. cit.,* 10e éd., p.17

[422] v. PIERANDREI, F., « Les commissions législatives du Parlement italien », *Revue française de science politique,* juillet-septembre 1952, p.557-580 ; GOGUEL, F., « La procédure italienne de vote des lois par les commissions », *Revue française de science politique,* octobre-décembre 1954, p.836-842 ; ZORGBIBE, C., « La procédure législative italienne », *Revue internationale de droit comparé,* 1968, vol. 20, n°2, p.335-347

[423] Son projet est reproduit *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.179 et s., spéc. p.183

[424] Elle est composée de neuf membres, de tous bords politiques, en grande partie juristes, mais nettement plus marquée à gauche que le Comité général d'études.

> l'évolution économique moderne a montré l'incapacité où se trouve une Assemblée de plusieurs centaines de membres de discuter et de mettre au point les textes d'administration économique, industrielle et sociale dont le caractère technique est de jour en jour plus absorbant. »[425]

Mais la Commission refuse le système des décrets-lois. Elle propose, comme alternative, un système de « législation cadre », dans lequel le Parlement voterait des « lois de principes », en laissant au Gouvernement le soin de les compléter par décret. Mais ce pouvoir réglementaire d'application serait conditionné par l'avis conforme de la commission parlementaire compétente, laquelle pourrait – par un vote d'ensemble, semblable à un véto – rejeter un projet de règlement. Ce partage du pouvoir réglementaire entre l'Exécutif et les commissions parlementaires permanentes trouvera, là encore, une actualité dans les années 1950, avant que le Conseil d'Etat ne mette un terme à cette pratique (*cf. infra,* n°639 s.).

234. Plus originale est la déconcentration de la fonction législative vers des commissions extérieures au Parlement, élues ou non. Le projet de Jules Moch, polytechnicien, ancien député socialiste, secrétaire général du Gouvernement sous le Front populaire, est emblématique en la matière. L'auteur considère :

> « [qu']il faut restituer à la loi son véritable caractère d'acte général, applicable à tous les citoyens ou à toutes les activités, et éliminer des débats parlementaires la préparation de textes qui, n'intéressant qu'une catégorie ou qu'une activité de la nation, ne présentent pas réellement le caractère de lois »[426].

Il propose donc de « déconcentrer » – l'expression est de lui – la production de certaines lois vers des conseils élus[427], représentants les intérêts économiques et sociaux des travailleurs ou des branches d'activité dans un secteur économique :

> « les textes de caractère social, c'est-à-dire les textes applicables à une catégorie de citoyens, mais à plusieurs professions, seront renvoyés devant un conseil national du travail. De même que les textes de caractère économique, c'est-à-dire les applicables à plusieurs catégories de citoyens, mais à une seule branche de l'activité, seront renvoyés devant le conseil général de cette branche ».

L'auteur consacre de nombreuses lignes à détailler son mécanisme (coordination des domaines, régime des actes, résolution des conflits de normes etc.) Dans ce système, l'impératif de technicité et de rapidité, révélateur des mutations des fonctions politico-sociales de l'Etat, se résout à la faveur, non des décrets-lois, mais du renforcement d'assemblées élues,

---

[425] Rapport remis au général De Gaulle, reproduit *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.217

[426] Projet reproduit *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.130-131

[427] Le « Conseil national du travail » (représentant les fonctionnaires, les travailleurs et les employés) et les « conseils généraux des secteurs économiques » (représentants travailleurs et employeurs sur la base de fédérations d'industries).

indépendantes de l'Exécutif. Le projet témoigne de l'attention unanimement portée, y compris à gauche, à la modernisation de la fonction législative.

235. Conclusion de la section. Le constat de l'expansion considérable de la législation gouvernementale, partout en Europe, dans l'entre-deux-guerres conduit bientôt les réformistes à envisager une rationalisation du procédé, soit pour le consacrer formellement, comme une manifestation normale du régime parlementaire, soit pour chercher à l'encadrer. La chute de la République, en juillet 1940, renouvelle ce mouvement révisionniste. Les projets constitutionnels de la Résistance révèlent combien les questions de la modernisation de la fonction législative, en général, et celle de la participation de l'Exécutif à son exercice, en particulier, occupent une place centrale dans la pensée constitutionnelle à la veille de la Libération.

236. Conclusion du chapitre : « A vin nouveau, il faudra des outres neuves ». La Première guerre mondiale et les crises de l'entre-deux-guerres révèlent une mutation considérable des pratiques politiques, irrésistiblement favorables au renforcement de l'Exécutif. L'évolution des fonctions politico-sociales de l'Etat – marquées par le passage du libéralisme à l'interventionnisme – rejaillit sur ses fonctions juridiques. Sous la pression des faits, en marge des textes constitutionnels, voire contre les textes, on reconnaît à l'Exécutif des facultés de législation primaire (règlements de nécessité, décrets-lois) qui, contrairement à l'idéal républicain, érigent le pouvoir réglementaire en substitut des lois parlementaires. Cette situation, qui n'est pas propre à la France, cesse rapidement d'être un problème politique ; d'une part, tous les Cabinets (communistes exceptés) recourent, tour à tour, aux décrets-lois entre 1924 et 1939, d'autre part, les réformistes démontrent que, loin d'être une déformation constitutionnelle, la législation gouvernementale est « l'aboutissement logique et nécessaire » du système parlementaire (R. Capitant), voire la solution à la crise du parlementarisme. En 1945, ces constats conduisent Georges Burdeau à plaider pour une recomposition complète des fonctions juridiques de l'Etat, et la redéfinition du rôle des organes dans leur exercice[428]. L'Etat interventionniste du XXe siècle est devenu une *« entreprise de gouvernement »*[429], c'est-à-dire de direction de la vie en société. La loi en est le principal instrument. Il faut donc associer l'Exécutif à son élaboration, en assumant l'idée que – désormais – « gouverner, c'est

[428] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.208-228
[429] *ibid.,* p.210-211

légiférer ». Bref, *« à vin nouveau, il faudra des outres neuves »*[430]. De ce point de vue, force est de constater que la République de 1946 est celle des « désillusions ».

[430] *ibid.,* p.208

Chapitre 2 :
L'impossible renouveau constitutionnel de 1946

> « La Libération est marquée par une intense volonté de renouveau, fondée sur le double rejet de l'impuissance de la IIIe République et de la dictature de Vichy. Mais, sous le poids des nécessités contingentes, les deux rejets n'ont plus la même force en 1944. Le rejet de Vichy éclipse celui de la IIIe République et la République parlementaire retrouve un regain de vigueur en ce qu'elle paraît indissociable de la démocratie. »[1]
>
> Serge Berstein

237. La place acquise par la législation gouvernementale dans le fonctionnement de la République parlementaire depuis la Première guerre mondiale est révélatrice d'une mutation des fonctions politico-sociales de l'Etat. Elle invitait à une modernisation de ses fonctions juridiques et à la redéfinition du rôle des organes – de l'Exécutif en particulier – dans leur exercice. Le révisionnisme constitutionnel, inauguré dans les années 1930, et *« perfectionné »*[2] par la Résistance française, eût pu conduire à une consécration et un encadrement constitutionnels du pouvoir réglementaire, en général, et des décrets-lois, en particulier (*cf. supra,* n°202 s.). Cette tendance ne trouve aucun aboutissement dans les projets de constitutions de 1946. L'émancipation du pouvoir réglementaire n'est donc pas un processus lisse et linéaire.

238. Malgré les espoirs suscités par la Libération, et l'émulation réformiste qu'elle inaugure[3], les années 1945-1946 demeurent en effet synonymes d'impossible renouveau constitutionnel. Au lieu de chercher à l'encadrer, les assemblées constituantes traitent la question de la législation gouvernementale par *« prétérition »*[4] (A. de Laubadère), c'est-à-dire refusent de considérer que le problème se pose. En définitive, non seulement la Constitution du 27 octobre 1946 ne consacre-t-elle formellement, ni l'existence, ni l'étendue du pouvoir réglementaire, mais surtout elle entend certainement prohiber, par l'article 13[5], le recours aux décrets-lois (section 2). Cette situation s'explique par l'histoire. Disqualifiée par le régime de

---

[1] BERSTEIN, S., « La IVe République : république nouvelle ou restauration du modèle de la IIIe République ? », *in :* BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain, op. cit.,* p.367

[2] BOUGRAB, J., *op. cit.,* p.157

[3] v. la bibliographie citée par BOUGRAB, J., *op. cit.,* spéc. p.519 et s. ; et les articles de presse, p.529 et s.

[4] LAUBADERE (de), A., « L'article 13 », *art. cit.*, p.477

[5] Article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 : *« L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit. ».* L'article 66 du projet d'avril 1946 est rédigé en termes similaires : *« L'Assemblée nationale a seule le droit de légiférer. Elle ne peut déléguer ce droit à quiconque en tout ou en partie. »*

Vichy, la législation gouvernementale fait plus que jamais figure de *« hantise républicaine »*[6] (C. Nicolet), et heurte, en 1945-1946, l'idéal de refondation de la République par la loi. Cet héritage conflictuel emporte le rejet de la pratique du pouvoir de la France libre (section 1).

SECTION 1 :
LE POUVOIR REGLEMENTAIRE, PRODUIT D'UN HERITAGE CONFLICTUEL

239. Bien qu'elle figure au cœur des enjeux de la réforme de l'Etat depuis dix ans, la question du pouvoir réglementaire et des décrets-lois se trouve éclipsée des débats constituants en 1945-1946. Il convient ici d'en identifier les raisons. A la Libération, le pouvoir réglementaire est le produit d'un héritage conflictuel complexe. Né des « pleins-pouvoirs » conférés au Maréchal Pétain en juillet 1940, le régime de Vichy disqualifie la pratique de la législation gouvernementale, devenue l'instrument de la démolition des principes républicains et de la collaboration avec le régime nazi. Simultanément, depuis Londres et Alger, les ordonnances de la France Libre s'érigent en instrument de la continuité et du rétablissement de la légalité républicaine[7]. Les assemblées constituantes, en 1945-1946, sont porteuses de ce premier héritage conjoncturellement conflictuel : au sortir de la Seconde guerre mondiale, la législation gouvernementale est concomitamment *disqualifiée* par le régime de Vichy et *légitimée* par la France Libre. (§1). Parallèlement, la refondation de la République, à la Libération, conduit à renouer avec les principes de 1789, fondement irréductible de la culture républicaine (*cf. supra,* n°37 s.). La mobilisation de la *« mythologie révolutionnaire »*[8] (C. Nicolet), que synthétise l'idéal de « la loi, expression de la volonté générale », aboutit au rétablissement de la souveraineté parlementaire. Il en résulte un second héritage structurellement conflictuel : la refondation de la République par la loi repose sur la négation de la législation gouvernementale (§2). Cet héritage conflictuel complexe se résout en faveur du légicentrisme républicain, et anéantit toute tentative de renforcement de l'Exécutif et du pouvoir réglementaire.

§1. L'héritage ambigu de la Seconde guerre mondiale

240. L'épreuve de la Seconde guerre mondiale marque durablement la conception du pouvoir réglementaire. Du point de vue des pratiques, l'ajournement *sine die* des Chambres

---

[6] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267
[7] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.26
[8] NICOLET, C., *op. cit.,* p.274

en juillet 1940[9] ouvre – comme jadis en 1914 – une période « d'absolutisme » réglementaire. Seulement, à la différence de la situation de 1914-1918, aucun « parlementarisme de guerre » ne s'institue entre 1940 et 1944 (*cf. supra,* n°153 s.). Le Conseil national, créé en janvier 1941 par le maréchal Pétain, n'a rien de semblable à une assemblée parlementaire[10], et ne se réunit d'ailleurs qu'à de rares occasions entre mai 1941 et mars 1942. Quant aux institutions consultatives et représentatives de la France Libre, elles ne se réuniront qu'à partir de novembre 1943[11], et leur avis demeure purement consultatif. Il y a donc une éclipse totale du Parlement entre le 11 juillet 1940 et le 5 novembre 1945, soit pendant 5 ans et 4 mois. De fait, l'Exécutif monopolise les fonctions de législation au cours de cette période ; la législation gouvernementale – de Vichy ou de la France Libre – devient l'unique mode d'expression du droit au niveau national. La confusion formelle est inévitable. A ce dérèglement des pratiques, se superpose une altération profonde des représentations du pouvoir réglementaire : instrument de la collaboration avec l'Allemagne nazie, et employée à la destruction systématique des idéaux républicains, la législation gouvernementale est durablement disqualifiée par le régime de Vichy (A). Parallèlement, cependant, elle acquiert une légitimité historique par l'usage qu'en fait la France Libre dans la continuité et le rétablissement de la légalité républicaine (B).

A- LA DISQUALIFICATION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE PAR LE REGIME DE VICHY

241. Il est impossible de comprendre l'émancipation du pouvoir réglementaire sans analyser l'empreinte laissée par le Gouvernement de Vichy dans ce processus[12]. Non seulement parce que l'Exécutif y détient seul l'ensemble des fonctions de législation, mais

---

[9] Acte constitutionnel n°3 du 11 juillet 1940 relatif au chef de l'Etat français (J.O.R.F. du 12 juillet, p.4518) : *« 2. Le Sénat et la Chambre des députés sont ajournés jusqu'à nouvel ordre. Ils ne pourront désormais se réunir que sur convocation du chef de l'Etat. »* Est ainsi abrogé l'article 1er de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics fixant l'ouverture de la session parlementaire ordinaire, chaque année, au second mardi de janvier.

[10] Acte dit loi du 22 janvier 1941 créant un Conseil national (J.O.R.F. du 24 janvier, p.366). Ses membres sont nommés par le maréchal Pétain, ses séances ne sont pas publiques. Il se prononce sur les matières que le chef de l'Etat présente à son examen et ses avis demeurent purement consultatifs. Sur cet organe, v. COINTET, M., *Le Conseil national de Vichy : vie politique et réforme de l'Etat en régime autoritaire (1940-1944),* Paris : Aux amateurs de Livres, 1989, 483 pages

[11] Ordonnance du 17 septembre 1943 portant constitution d'une Assemblée consultative provisoire. (J.O.R.F (Alger) du 23 septembre 1943, p.139)

[12] Olivier Beaud l'exprime en ces termes : *« s'il y a un moment où le pouvoir exécutif a concentré tous les pouvoirs, c'est bien pendant cette période noire de l'histoire française. Le régime vichyste, on le sait, fut aussi un laboratoire pour l'État et l'Administration. Peut-on faire l'impasse sur lui quand on entreprend de faire une histoire de la croissance du pouvoir exécutif ? »* (BEAUD, O., « L'étrange « démocratie exécutive » à la française », *Critique,* 2016, n°11, p.945-955, spéc. p.955)

surtout parce que le régime réveille bientôt les plus vieilles *« hantises républicaines »*[13] (C. Nicolet), au point d'apparaître comme un *« contre-modèle »* [14] de la République unanimement rejeté à la Libération. Dans l'histoire constitutionnelle, les années noires de Vichy correspondent donc à une période d'exaltation de la législation gouvernementale sans précédent, dont l'usage – confus dans la forme et abject sur le fond (2) – disqualifie durablement tant le pouvoir réglementaire, que la pratique des pleins-pouvoirs, incarnée par la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (1).

1) La disqualification des lois de pleins-pouvoirs

242. La « Révolution nationale »[15] n'a initialement rien d'une révolution. Le 16 juin 1940, le Maréchal Pétain est régulièrement nommé président du Conseil des ministres par le Président de la République Albert Lebrun, et son Gouvernement régulièrement constitué le même jour[16]. L'avènement du « régime de Vichy » – en tant que nouvel ordre constitutionnel – n'est lui-même pas le résultat d'un coup d'Etat. La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 est une *« décision préconstituante formellement constitutionnelle »*[17] qui opère une transition constitutionnelle régulière entre les lois constitutionnelles de 1875 et un nouvel ordre juridique. Elle est donc un renoncement *légal* à la Constitution de la IIIe République, voire à la République parlementaire et à son héritage libéral (a), et devient le symbole, non seulement de l'avènement du régime de Vichy, mais de l'abdication du Parlement et des institutions républicaines (b). Elle fait, par la suite, durablement figure de *« hantise »* républicaine.

[13] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267

[14] BERSTEIN, S., « L'accueil de la société politique au discours d'Epinal », *in : Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France,* Actes du colloque à Epinal des 27 et 28 septembre 1996, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 254 pages, p.183-192, spéc. p.190

[15] L'expression est employée dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. (*cf. infra*, n°245).

[16] Décrets nommant le président du Conseil des ministres et les ministres (J.O.R.F. des 14, 15, 16 et 17 juin 1940, p.4447) C'est pourtant la date du 16 juin 1940 qui sera retenue, rétrospectivement par la France Libre, comme point de départ de la nullité des actes du régime de Vichy. Le choix de cette date permet de nier la validité de l'armistice du 22 juin et de justifier l'appel du 18 juin du général de Gaulle. (v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.131 et s.) Ce point de départ résulte néanmoins d'une requalification juridique du passé.

[17] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.66 Le terme est emprunté, par Emmanuel Cartier, à Olivier Beaud (v. *La puissance de l'Etat,* Paris : PUF, 512 pages, 1994, p.265 et 267)

a) La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 : un renoncement légal aux lois constitutionnelles de 1875

« Ce n'est pas sans tristesse que nous dirons adieu à la Constitution de 1875 »[18]
Jean Boivin-Champeaux - 9 juillet 1940

243. Lorsqu'est votée, par l'Assemblée nationale de la IIIe République (réunion de la Chambre des députés et du Sénat), la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, la France vit depuis 16 mois sous le régime des décrets-lois[19]. Les Chambres – ayant ajourné leurs travaux *sine die* – ne se réunissent plus depuis le milieu du mois de mai 1940[20] ; elles ne tiennent déjà plus que de rares séances depuis le second semestre de l'année 1939. *De facto,* l'Exécutif exerce presque seul la fonction législative depuis plusieurs mois. Accordés cinq fois, en l'espace de trois ans à ceux qui les avaient toujours combattus (les radicaux), les pleins-pouvoirs font figure de procédé habituel lorsqu'ils sont accordés au Maréchal Pétain en 1940 (*cf. supra,* n°188). La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940, et la révision constitutionnelle souhaitée par le nouveau président du Conseil, passent pour une loi d'habilitation classique à laquelle *se résignent* – une nouvelle fois et sous l'empire des nécessités – la majorité des parlementaires. En vérité, comme il convient de le démontrer, c'est bien dans la *« légalité républicaine »* – le terme figure dans l'exposé des motifs du projet de loi constitutionnelle – que les Chambres de la IIIe République abandonnent la Constitution de 1875.

i) Un renoncement résigné aux lois constitutionnelles de 1875

244. Par décret du 6 juillet 1940, le Président de la République convoque les Chambres en session extraordinaire[21]. Son objet, réviser la Constitution de 1875. Conformément à la procédure instituée par l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875[22], les

[18] J.O.D.P., Sénat, page 353 – séance du 9 juillet 1940

[19] (*cf. supra,* n°188 s., spéc. n°200) La loi du 19 mars 1939 habilite le Gouvernement à légiférer par décrets jusqu'au 30 novembre 1939. La loi du 8 décembre 1939 reconduit cette habilitation pendant la durée des hostilités. L'armistice du 22 juin 1940 n'en a pas interrompu l'application, ce dont témoignent les nombreux décrets édictés sur son fondement postérieurement à cette date.

[20] J.O.D.P., Chambre des députés, page 766 – séance du 16 mai 1940 ; J.O.D.P., Sénat, page 337 – séance du 21 mai 1940

[21] Décret du 6 juillet convoquant le Sénat et la Chambre des députés en session extraordinaire (J.O.R.F. du 8 juillet, p.4503)

[22] Article 8. – *« Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du Président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles. - Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision. (...) »* La procédure régulière implique donc une procédure en deux temps : en premier lieu, l'adoption, par chacune des Chambres du Parlement, d'une

Chambres se réunissent séparément à Vichy, le 9 juillet 1940, et adoptent à la quasi-unanimité[23] le projet de résolution de révision déposé par le Maréchal Pétain. Le 10 juillet, réunies en Assemblée nationale, elles adoptent à 569 voix contre 80, la loi constitutionnelle dont la teneur suit :

> « L'Assemblée nationale donne tout pouvoir au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'État français.
>
> Cette constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie.
>
> Elle sera ratifiée par la Nation et appliquée par les Assemblées qu'elle aura créées. »[24]

245. A la veille du 10 juillet 1940, personne n'est dupe sur la nature du projet de révision constitutionnelle ; il équivaut à un renoncement aux lois constitutionnelles de 1875, sinon à l'abandon de la République parlementaire elle-même. Le Gouvernement du maréchal Pétain ne cache pas ses intentions[25]. Dans l'exposé des motifs du projet de résolution, déposé le 8 juillet 1940 et distribué aux Chambres, on lit qu'il s'agit de *« refaire la France »,* qu'il faut *« comprendre et accepter la nécessité d'une révolution nationale »,* que face aux *« faiblesses et lacunes de nos institutions législatives* [nda : entendre institutions parlementaires] *»*, s'impose une *« réforme profonde des mœurs politiques ».* En somme, il faut – lit-on – que le Gouvernement ait tout pouvoir *« pour sauver ce qui doit être sauvé, pour détruire ce qui doit être détruit, pour construire ce qui doit être construit. »*[26] La République parlementaire – accusée d'être responsable de la défaite nationale – est vouée aux gémonies par le nouveau Cabinet. Pierre Laval, vice-président du Conseil, l'exprime en ces termes, à l'occasion d'une réunion privée à Vichy le 6 juillet 1940 :

---

résolution ayant pour objet de déclarer qu'il y a lieu de réviser la Constitution et de déterminer le champ de la révision constitutionnelle ; en second lieu, l'adoption, par les Chambres réunies en Assemblée nationale, de la loi constitutionnelle proprement dite. (v. sur la procédure de révision, PIERRE, E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire, op. cit.,* 5e éd., p.1 et s.)

[23] Il ne faut pas se tromper sur la nature de cette quasi-unanimité. D'une part, 61 parlementaires communistes ont été déchus de leur mandat par la loi du 20 janvier 1940 (J.O.R.F. du 21 janvier, p.602), d'autre part, 27 parlementaires, décidés à poursuivre le combat, (parmi lesquels figurent Paul Bastid, Edouard Daladier, Pierre Mendes-France ou Jean Zay) embarquent le 21 juin – avec leur famille – à bord du paquebot *Massilia* pour gagner Casablanca, où ils sont arrêtés à leur arrivée.

[24] Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (J.O.R.F. du 11 juillet, p.4515)

[25] Serge Berstein et Pierre Milza écrivent à ce sujet : *« Nostalgiques de l'Ancien Régime, comme le juriste Raphaël Alibert, nommé sous-secrétaire d'Etat à la présidence du Conseil, déçus du parlementarisme qu'ils accusent d'avoir entravé leur action comme l'ancien président du Conseil Pierre Laval, naturellement hostiles à la République par leurs idées ou leur milieu comme Philippe Pétain lui-même, ils jugent le moment venu de régler son compte à la IIIe République. »* (BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire de la France au XXe siècle, II. 1930-1958, op. cit.,* p.267)

[26] Impressions du Sénat, Session extraordinaire de 1940, Projet de résolution tendant à réviser les lois constitutionnelles, n°98, 8 juillet 1940, Exposé des motifs, p.1 et s.

> « La démocratie parlementaire a perdu la guerre ; elle doit disparaître pour céder sa place à un régime autoritaire, hiérarchisé, national et social. »[27]

Lorsqu'ils votent les résolutions du 9 juillet 1940, et la loi constitutionnelle du lendemain, les parlementaires ont pleinement conscience de renoncer aux institutions de 1875, et à leur héritage ; voire, ils pressentent l'abandon de la République parlementaire elle-même. Les propos de Jean Boivin-Champeaux, rapporteur du projet devant le Sénat et l'Assemblée nationale, en témoignent :

> « Ce n'est pas sans tristesse que nous dirons adieu à la Constitution de 1875.
>
> Elle avait fait de la France un pays libre, un pays où l'on respirait à l'aise, où l'on se sentait à la fois fort et dispos. Elle meurt, moins de ses imperfections que de la faute des hommes qui avaient été chargés d'en assurer la marche et le fonctionnement (Vifs applaudissements.) (…) »[28]
>
> « Le parlementarisme, tel que nous l'avons connu va peut-être mourir ; les parlementaires demeurent au service de la nation. »[29]

Pour la première fois de leur histoire, les Chambres s'apprêtent à réviser *intégralement* les lois constitutionnelles de 1875. Ce renoncement à la Constitution de la troisième République est pleinement ressenti ; on a conscience de sacrifier la République parlementaire : *« Vive la République quand même ! »* s'exclame d'ailleurs le député radical-socialiste noniste Marcel Astier lors de la proclamation des résultats du scrutin, le 10 juillet devant l'Assemblée nationale. Ce renoncement à la troisième République relève de la résignation. Le registre de *« l'évidente nécessite »*[30] irrigue les séances des 9 et 10 juillet 1940 : pour Jean Mistler, rapporteur du projet de résolution devant la Chambre des députés, c'est dans la *« stupeur »* et face au *« désastre »* de mai 1940 que le pays a *« senti la nécessité »* d'une réforme profonde des institutions[31] ; devant le Sénat, Jean Boivin-Champeaux évoque *« l'effroyable drame où notre pays a été jeté »*[32] et, devant l'Assemblée nationale, la *« nécessité absolue »* d'une réforme considérée comme indispensable à la *« sauvegarde »* et au *« redressement »* de la patrie[33]. Bref, en 1940, comme en 1914, 1924 et 1934 (*cf. supra,* n°176 s.), le Parlement se résigne aux pleins-pouvoirs et s'en remet à l'Exécutif pour assurer, non seulement la conduite

---

[27] Cité par Olivier Wieviorka, au colloque organisé au Sénat le 10 décembre 2010 consacré au thème : « Les troubles de la mémoire française (1940-1962) », à l'occasion d'un cas pratique consacré au 10 juillet 1940. [En ligne : http://www.senat.fr/colloques/actes_troubles_de_la_memoire_francaise/actes_troubles_de_la_memoire_francaise4.html#toc10]

[28] J.O.D.P., Sénat, page 353 – séance du 9 juillet 1940

[29] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5 – séance du 10 juillet 1940

[30] Il s'agit, pour François Saint-Bonnet, du critère ineffable de l'état d'exception, celui qui conduit les acteurs politiques, la doctrine et les juges à renoncer au registre de l'ordinaire et accepter l'exception. v. SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.335 et s. ; v. aussi la bibliographie mentionnée *supra,* n°136, note 43

[31] J.O.D.P., Chambre des députés, page 814 – séance du 9 juillet 1940

[32] J.O.D.P., Sénat, page 353 – séance du 9 juillet 1940

[33] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 4 – séance du 10 juillet 1940

des affaires de la Nation, mais la réforme des institutions. La *« vénération »*[34] et la confiance qu'inspire, à cette date, le maréchal Pétain, encourage certainement le Parlement dans sa démarche. Ce faisant, il se résigne *en conscience* à l'abandon des lois constitutionnelles de 1875, et répudie d'une certaine manière les soixante-cinq années de libéralisme politique et d'idéaux républicains qu'elles avaient rendu possibles.

ii) Un renoncement régulier aux lois constitutionnelles de 1875

246. Si la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 fait rétrospectivement figure d'abomination républicaine, c'est que le sacrifice de la troisième République qu'elle caractérise, n'a rien d'un coup d'Etat militaire. Elle est un renoncement de la République parlementaire, en les formes constitutionnelles républicaines, aux lois constitutionnelles de 1875. Le Gouvernement du Maréchal Pétain entend – et répète – vouloir se placer dans la légalité républicaine[35]. La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 réalise cette transition constitutionnelle régulière entre la Constitution de la troisième République et un nouvel ordre juridique. Une controverse sur la régularité de cette procédure s'élève rapidement ; elle est aujourd'hui analysée par Emmanuel Cartier qui conclut à *« l'inconstitutionnalité discutable de la loi du 10 juillet 1940 »*[36]. On partage cette analyse – à laquelle on renvoie – en se contentant d'invoquer deux arguments qui la corrobore.

247. L'omnipotence de l'Assemblée nationale. En premier lieu, une grande partie de la doctrine classique positiviste s'entend *de lege lata* sur le caractère souverain et omnipotent de l'Assemblée nationale[37] ; *« à la faveur de l'idée que par lui s'exprime la volonté générale,*

---

[34] Edouard Herriot, président de la Chambre des députés, et Jules Jeanneney, président du Sénat, emploient tous deux l'expression. J.O.D.P., Chambre des députés, page 814 – séance du 9 juillet 1940 ; J.O.D.P., Sénat, page 352 – séance du 9 juillet 1940

[35] Impressions du Sénat, Session extraordinaire de 1940, Projet de résolution tendant à réviser les lois constitutionnelles, n°98, 8 juillet 1940, Exposé des motifs, p.1 ; Le 8 juillet, à Vichy, Laval brandit la menace d'un coup d'Etat militaire : *« Si demain les Assemblées ne comprenaient pas leur devoir, gare au coup d'Etat miliaire ! Je vous mets en garde, on nous guette ! »* (cité par BENOIST-MECHIN, J., *Soixante jours qui ébranlèrent l'Occident : 10 mai – 10 juillet 1940, 3. La fin du régime (26 juin – 10 juillet 1940),* Paris : Albin Michel, 1956, 685 pages, spéc. p.197)

[36] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.59 et s. et la bibliographie citée, notamment BONNARD, R., *Les actes constitutionnels de 1940,* Paris : LGDJ, 1942, 178 pages, spéc. p.35 et s. ; LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 1ère éd., Paris : Domat-Montchrestien : J. Loviton, 897 pages, spéc. p.793 et s. ; BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel,* 4ème éd. refondue et mise à jour, Paris : LGDJ, 1946, 279 pages, spéc. p.200 et s. ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* Paris : Sirey, 1949, 616 pages, spéc. p.277 et s.

[37] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., t.4 *op. cit.,* p.538 et s. ; BONNARD, R., *Précis de droit public,* 5e éd., Paris : Sirey, 1939, 519 pages, spéc. p.104 ; LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., Paris : Domat-Montschrestien, 1947, 1112 pages, spéc. p.293-294, note 1 ; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.2, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1922, 638 pages, spéc. p.600 et s.

écrit Carré de Malberg, *(...) le Parlement finit par ne faire qu'un avec le souverain. »*[38] La réunion des Chambres en Assemblée nationale réalise cette confusion entre représentation nationale, expression de la volonté générale, pouvoir constituant et souveraineté. Aucune limite n'est *de facto* opposable au pouvoir de révision constitutionnelle[39], de sorte que l'Assemblée nationale est, sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, une puissance entièrement souveraine. Rien ne permet de la contenir dans les limites de la procédure de révision fixée à l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Sa volonté s'identifie à celle du souverain, et l'on ne peut – sauf à récuser toute la juridicité du système constitutionnel de 1875 – nier que cette solution s'impose *en droit*. Dans ces conditions, le droit constitutionnel de la troisième République autorisait sans doute l'Assemblée nationale de 1940 à *aliéner* – c'est-à-dire à déléguer – sa compétence constituante au profit du Maréchal Pétain, ou à réviser la procédure de révision des lois constitutionnelles de 1875. Ainsi tombent deux des principaux arguments couramment avancés pour invalider la loi du 10 juillet 1940[40].

248. L'extension du pouvoir réglementaire de l'Exécutif. Nul besoin de recourir à la thèse de l'omnipotence de l'Assemblée nationale pour justifier la validité de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940. Loin de violer la Constitution, elle la respecte. En l'adoptant, l'Assemblée nationale se maintient dans les limites fixées par les lois constitutionnelles de 1875, particulièrement celles que lui assigne l'article 8 de la loi du 25 février relatif à la procédure de révision. Sur la forme, la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 est adoptée aux termes d'une procédure parfaitement régulière (*cf. supra*, n°244), et

---

[38] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.26. Et pourtant, *de lege ferenda,* Carré de Malberg reconnaît que le principe de souveraineté nationale, c'est-à-dire de la souveraineté de l'Etat ou de la Constitution, implique qu'aucun organe constitué puisse se confondre avec le souverain ; donc le pouvoir constituant dérivé doit être limité. L'organe de la fonction constituante révisionniste (l'Assemblée nationale), comme l'organe de la fonction législative (les Chambres) doivent demeurer des organes constitués, c'est-à-dire être étroitement spécialisés dans l'exercice de leurs fonctions, subordonnés à la Constitution, et donc essentiellement limités. Mais Carré de Malberg analyse également le droit *de lege lata* : rien ne peut contraindre l'Assemblée nationale, et les Chambres, à demeurer dans les limites de la Constitution, fût-ce pour la réviser. Elles exercent une volonté souveraine. De ce point de vue, la Constitution de 1875 ne réalise pas pleinement le principe de la souveraineté nationale. Tous ces éléments sont empruntés à Eric Maulin, v. *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* coll. « Léviathan », Paris : PUF, 2003, 344 pages, spéc. « Première partie : La souveraineté de l'Etat », « Chapitre 2 : Le principe de la souveraineté nationale », Section 3 : Pouvoir constituant et souveraineté nationale » et « Troisième partie : la souveraineté de la loi », « Chapitre 1 : La suprématie de l'organe législatif », « Section 2 : Une définition par la puissance »

[39] *« Ces assemblées deviennent ainsi, non seulement l'organe suprême, mais encore un organe dont la puissance, alors même qu'elle serait déclarée par la Constitution limitée en principe, ne saurait, en fait, être strictement arrêtée par des moyens juridiques pleinement efficaces. »* (CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.2, p.604). Dans le même sens, v. ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel,* Paris : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1896, 841 pages, spéc. p.812 et s.

[40] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.67 et s. et p.76 et s.

promulguée par le Président de la République[41]. Sur le fond, elle n'est ni une « délégation » du pouvoir constituant au profit du Maréchal Pétain, ni une atteinte à la forme républicaine du gouvernement, interdites par les dispositions de l'article 8 de la loi du 25 février 1875.

249. La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ne procède pas à la « délégation » du pouvoir constituant[42]. Ce faisant, elle n'aliène pas la fonction constituante et ne porte pas atteinte au principe de « l'indisponibilité des compétences »[43]. L'opération n'est pas différente de celle que réalisent, depuis 1924, les lois habilitant l'Exécutif à abroger, par décrets, des dispositions formellement législatives, et que la doctrine reconnaît – dans son immense majorité comme parfaitement conforme à la Constitution de 1875 (*cf. infra,* n°668 s.) La loi d'habilitation du 10 juillet 1940 procède à la simple *extension* du pouvoir réglementaire que le maréchal Pétain tient – en tant que président du Conseil, contresignant les actes du Président de la République – directement de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. L'opération d'habilitation est alors pleinement conforme au droit positif de la troisième République, et se décompose en deux opérations distinctes mais simultanées (*cf. infra,* n°643 s.). D'une part, la loi d'habilitation du 10 juillet 1940 détermine *les matières* sur lesquelles devra s'exercer la compétence réglementaire de l'Exécutif ; or, dans l'ordre juridique de 1875, rien ne s'oppose à ces transferts de matières (ce qu'Hauriou appelle les « délégations de matière »)[44] à condition que les organes attributaires les régulent avec la *« forme de volition »*[45] qui leur est propre ; c'est-à-dire en forme de décision exécutoire, et avec la valeur d'actes administratifs s'il s'agit de l'Exécutif. De ce point de vue, la loi du 10 juillet 1940 ne fait qu'étendre la compétence réglementaire de l'Exécutif[46] à la *matière constitutionnelle*, sans que les décrets – qui demeurent des actes formellement administratifs – puissent par eux-mêmes abroger les lois constitutionnelles de 1875. D'autre part, et par

---

[41] *ibid.,* p.60-65

[42] Tous les auteurs ne partagent pas cette analyse. v., par exemple, LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.833 et s.

[43] Sur ce concept, en droit public, v. TUSSEAU, G., « L'indisponibilité des compétences », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, spéc. p.101-126 ; AZOUAOU, P., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne,* Paris : Mare et Martin, 2015, 732 pages

[44] v. sa note sous l'arrêt CE, 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas,* Rec., p.125, concl. Josse ; *RDP* 1928.525, concl. Josse ; *S.* 1928.III.113, note Hauriou, reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.795. Ainsi s'explique la régularité constitutionnelle du décret du 29 juillet 1939 portant prorogation des pouvoirs des membres de la Chambre des députés (J.O.R.F. du 30 juillet, p.9606)

[45] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.264 et p.265

[46] Lorsque la loi du 10 juillet 1940 confère « tout pouvoir au Gouvernement de la République », elle étend en réalité la compétence réglementaire du Président de la République, agissant sous le contreseing du président du Conseil (ici le Maréchal Pétain), conformément à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. La malfaçon rédactionnelle est certaine. Mais la correction juridique du procédé n'est pas douteuse. D'ailleurs, les formules employées par les lois d'habilitation depuis 1934 ne sont guère différentes. L'habilitation profite toujours au Président de la République, même lorsqu'elle est octroyée au « Gouvernement. »

conséquent, la loi d'habilitation du 10 juillet 1940 procède d'elle-même à *l'abrogation* des lois constitutionnelles de 1875, mais conditionne implicitement cette abrogation à l'intervention des décrets qui, ultérieurement, réguleront la matière ainsi « déconstitutionnalisée »[47]. Les décrets à intervenir seront valides *ab initio,* comme régulièrement édictés sur le fondement de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875[48], dont la loi du 10 juillet 1940 a temporairement étendu le champ d'application à la matière constitutionnelle. Quant à la « ratification par la Nation », elle est une simple *réappropriation* par le « pouvoir de suffrage » (M. Hauriou) – agissant avec sa propre « forme de volition » – du contenu des décrets produits par le pouvoir exécutif.

250. La technique n'est donc pas très heureuse, mais la procédure parfaitement régulière ; par la loi du 10 juillet 1940, l'Assemblée nationale habilite le Gouvernement du Maréchal Pétain à élaborer, en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, des *« décrets-Constitution »*[49], formellement administratifs mais matériellement constitutionnels. La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ne porte atteinte à aucune des limites fixées à l'exercice du pouvoir de révision ; elle n'est donc pas une abrogation irrégulière de la Constitution de 1875, mais réalise une transition constitutionnelle formelle entre la IIIe République et un nouvel ordre juridique. Les « actes constitutionnels » du 11 juillet 1940, en revanche, outrepassent le champ de l'habilitation ; ils sont quant à eux parfaitement inconstitutionnels[50] (*cf. infra*, n°253 s.).

b) La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 : un traumatisme durable

251. Ces considérations expliquent pourquoi la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 fait figure de traumatisme durable dans l'histoire constitutionnelle républicaine. La régularité de

---

[47] Il s'agit à proprement parler d'une « abrogation conditionnelle ». On doit cette analyse à Guillaume Tusseau (v. *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.470) qui perfectionne celle proposée, en 1938, par Maxime Mignon (v. *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public,* Paris : Dalloz, 1938, 296 pages, spéc. p.178-180) (*cf. infra,* n°653)

[48] En ce sens, la « promulgation » mentionnée dans la loi du 10 juillet 1940 est une malfaçon rédactionnelle.

[49] Le terme est employé par Emmanuel Cartier (v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.67)

[50] Car, comme il vient d'être démontré, la loi du 10 juillet 1940 habilite le « Gouvernement de la République » à exercer son pouvoir réglementaire ordinaire, exceptionnellement étendu à la matière constitutionnelle. Conformément à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, c'eût été au Président de la République, Albert Lebrun, agissant sous le contreseing du président du Conseil, le Maréchal Pétain, d'édicter ces « actes constitutionnels » (à tout le moins le premier d'entre-eux, à l'effet de désigner le nouveau titulaire du pouvoir d'exécution des lois). Or, le Maréchal Pétain signe seul les actes constitutionnels n°1 et n°2 (J.O.R.F. du 12 juillet, p.4517) par lesquels il s'octroie l'ensemble des fonctions de législation. Formellement, ces actes sont entachés d'incompétence. (v. encore, sur l'inconstitutionnalité *« avérée »* des actes constitutionnels du maréchal Pétain, CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.85 et s.)

l'habilitation octroyée au Maréchal Pétain est très tôt ressentie, tant par la doctrine que par les autorités de la France Libre[51]. La loi du 10 juillet 1940 passe donc rapidement pour un renoncement à la République parlementaire *par* la République parlementaire elle-même, et dans les formes constitutionnelles. Elle devient incontestablement le symbole de l'avènement du régime de Vichy ; à la Libération, on parle du *« crime »* du 10 juillet 1940 (Pascal Copeau), assimilé au *« jour du vote de Vichy »* (Jacques Fonlupt-Espéraber)[52]. Mais surtout, elle incarne l'abdication de la République parlementaire ; elle est le symbole d'un renoncement *régulier* – par le Parlement républicain lui-même – au modèle républicain. Elle fait figure de courroie de transmission régulière entre la IIIe République et Vichy. Elle est donc insupportable à ceux qui, à la Libération, chercheront à rebâtir la République. On comprend qu'elle discrédite durablement la pratique des lois de « pleins-pouvoirs ». Sous la IVe République, elle est brandie comme un spectre par René Capitant à l'occasion des débats relatifs à l'adoption de la loi du 17 août 1948, dite Reynaud-Marie, perçue – à raison – comme le retour *« offensif »*[53] des décrets-lois (*cf. infra,* n°588) :

> « [C]omment la conscience de la démocratie, comment le sentiment de la République resteraient-ils vivants dans un pays où les élus du peuple ont renoncé à faire la loi et où ils ont installé à leur place une bureaucratie triomphante ? (…)
>
> Car la défaite, l'armistice et cette terrible loi du 10 juillet 1940 – loi qui pèse encore et, je le crains, pèsera longtemps sur les Assemblées élues, si elles ne savent pas réagir contre tout ce que ce souvenir représente contre elle d'accusations permanentes – ne sont-ils pas la suite immédiate et presque nécessaire de cette grande abdication dont le début remonte à 1924 ?
>
> Dans la forme même, la loi du 10 juillet est une loi de pleins pouvoirs supprimant cette fois-ci les dernières limites que comportait encore la loi d'habilitation législative, en donnant et déléguant au pouvoir exécutif même le pouvoir constituant, et ce, non plus à un gouvernement abstrait, mais à un homme. Cette loi aboutit ainsi à l'instauration du pouvoir personnel (…) »[54].

252. La loi du 10 juillet 1940 hante encore le processus de transition constitutionnelle vers la Ve République et l'écriture du texte constitutionnel de 1958. En mai, Raymond Janot attire l'attention de Georges Pompidou et du général De Gaulle sur l'importance de ne pas

---

[51] A la Libération, Georges Burdeau et Georges Vedel démontrent que la loi du 10 juillet 1940 n'a rien d'irrégulier. (*cf. supra,* n°246 s. la bibliographie citée) Le Comité général d'études (CGE) de la France Libre était parvenu à la même conclusion en 1943. La même année, François de Menthon, commissaire à la justice, attire l'attention du CFLN sur les raisons de douter de l'inconstitutionnalité de la loi du 10 juillet 1940 (Sur ces éléments, v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.76 et p.84-85)

[52] v., respectivement, J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, page 4158 – 1ère séance du 27 septembre 1946 ; J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, page 3396 – 1ère séance du 29 août 1946

[53] WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif,* 5e éd., Paris : Sirey, 1950, 603 pages, p.34

[54] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5568 – 1ère séance du 9 août 1948

reproduire le *« précédent fâcheux »*[55] de juillet 1940, en procédant – préalablement à toute habilitation au profit du Gouvernement – à la révision de l'article 90 de la Constitution de 1946. Devant l'Assemblée nationale, le parallèle entre le projet de loi constitutionnelle du 3 juin 1958 et la loi du 10 juillet 1940 est néanmoins établi par l'opposition[56], avant d'être réfuté par Paul Coste-Floret[57]. Surtout, le spectre de la loi du 10 juillet 1940 est brandi par le socialiste René Dejean, devant le Comité consultatif constitutionnel, à l'occasion de la discussion du projet d'article 38 de la future Constitution, auquel il s'oppose :

> « [I]l est des jours où une délégation de pouvoirs ne se refuse pas. Nous avons été trop émus en certaines circonstances… Je n'insiste pas, ce serait peu décent, mais chacun de nos collègues a encore ces circonstances présentes à la mémoire. »[58]

A la fois, symbole de l'avènement du régime de Vichy, et incarnation de l'abdication – dans les formes constitutionnelles – de la République parlementaire, la loi du 10 juillet 1940 disqualifie durablement la pratique des lois de pleins-pouvoirs. Les textes édictés sur son fondement, les « actes » du maréchal Pétain, confus sur la forme et abjects sur le fond, discréditent à leur tour la législation gouvernementale tout entière.

2) La disqualification de la législation gouvernementale

253. Sur le fondement – prétendu – de la loi du 10 juillet 1940, le Maréchal Pétain procède, par les « Actes constitutionnels » des 11 et 12 juillet 1940, à l'élaboration d'une nouvelle Constitution de « l'Etat français », d'inspiration monocratique et d'essence antirépublicaine[59]. En l'absence de Chambres, l'Exécutif du régime de Vichy exerce seul les fonctions de législation (primaires et secondaires) au niveau national ; entre le 1er juin 1940 et le 9 août 1944, pas moins de 16 768 *décrets* sont édictés par les autorités de l'Etat français.

---

[55] JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence : Economica-PUAM, 1981, 2e éd., 275 pages, spéc. p.61-70, spéc. p.65

[56] v., par exemple, les propos de Pierre Cot et de Jean-Louis Tixier-Vignancour (Assemblée nationale, séance des 1er et 2 juin 1958, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958*, Paris : La Documentation Française, 1988, 613 pages, spéc. p.149-150, et p.171 et s.)

[57] *ibid.*, p.177 et s.

[58] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume II, le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958*, Paris : La Documentation Française, 1988, spéc. p.286

[59] On a démontré que ces « actes » sont, en réalité, entachés d'incompétence (*cf. supra*, n°250, note n°50). Ils s'écartent de la norme qui les habilitent, tant du point de vue de l'acteur (le Président de la République eût été l'autorité compétente), que sur le fond (car la loi du 10 juillet 1940 n'autorisait certainement pas à porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement).

Les actes de Vichy disqualifient durablement la législation gouvernementale : d'usage confus sur le plan organique et formel (a) et abject sur le plan matériel (b), ils contribuent à reléguer le pouvoir réglementaire au rang des *« hantises »* républicaines (C. Nicolet) les plus enracinées.

a) La législation gouvernementale de Vichy : un usage confus sur le plan organico-formel

254. Les dix-sept « Actes constitutionnels » du Maréchal Pétain, édictés entre le 11 juillet 1940 et le 26 novembre 1942[60], font figure de constitution matérielle, sinon formelle, de l'ordre juridique inauguré par la loi du 10 juillet 1940, et que l'on peut qualifier « régime de Vichy ». Ils mettent en place un régime de confusion des pouvoirs, c'est-à-dire de concentration des fonctions au profit d'un organe unique, ici l'Exécutif. Le chef de l'Etat y détient l'ensemble des fonctions de législation, de la fonction constituante à la fonction réglementaire complémentaire (i). A cette confusion organique, se superpose une faible différenciation formelle des normes infraconstitutionnelles produites, de sorte que rien – ou presque – ne permet de distinguer entre les divers actes législatifs du Maréchal Pétain (ii)

i) Une concentration organique des fonctions de législation

255. L'Etat français de 1940 constitue, des propres mots de Roger Bonnard, une *« monocratie pure »*[61]. Par l'acte constitutionnel n°1 du 11 juillet 1940, le maréchal Pétain déclare – en violation de la loi du 10 juillet 1940 – assumer les fonctions de « chef de l'Etat français » [62] . Par l'acte constitutionnel n°2, il s'octroie la *« plénitude du pouvoir gouvernemental »* – c'est-à-dire l'ensemble des fonctions juridiques de l'Etat[63] – qu'il exerce en exclusivité dès lors que, par l'acte constitutionnel n°3, il ajourne les Chambres *sine die*[64].

---

[60] Ces textes sont commentés et reproduits *in :* LAFERRIERE, J., *Le nouveau gouvernement de la France : les actes constitutionnels de 1940-1942 : à l'usage de la licence en droit et de la préparation aux concours administratifs,* Paris : Recueil Sirey, 142, 183 pages

[61] BONNARD, R., *Les actes constitutionnels de 1940, op. cit.*, spéc. p.120

[62] Acte constitutionnel n°1 du 11 juillet 1940 (J.O.R.F. du 12 juillet, p.4517)

[63] Fonctions législative, administrative et diplomatique, selon la distinction proposée par Roger Bonnard (*Les actes constitutionnels de 1940, op. cit.,* p.155 et s.) auxquelles il convient sans doute d'ajouter la fonction juridictionnelle.

[64] Acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940 fixant les pouvoirs du chef de l'Etat français (J.O.R.F. du 12 juillet 1940, p.4517) ; Acte constitutionnel n°3 du 11 juillet 1940 prorogeant et ajournant les Chambres (J.O.R.F. du 12 juillet 1940, p.4518). A proprement parler, le Parlement subsiste, seuls ses travaux sont ajournés jusqu'à nouvel ordre. Ces considérations expliquent pourquoi les présidents Herriot et Jeanneney demeurent en fonction. Ils tenteront d'entreprendre une résistance légale au régime de Vichy jusqu'en 1942, date de la dissolution des Bureaux des Chambres. Sur tous ces éléments, v. HENNING, J., « La résistance légale des Présidents des

Ainsi, jusqu'en 1942, le maréchal Pétain concentre en ses mains la totalité des fonctions de législations primaire (pouvoir constituant, sous la forme d'« Actes constitutionnels »), secondaire (pouvoir législatif *stricto sensu,* sous la forme de « lois »)[65], tertiaire (pouvoir réglementaire *stricto sensu,* sous la forme de « décrets »). Mais ces qualifications ne doivent pas tromper : l'ensemble de cette législation gouvernementale s'exerce par « décrets », en forme de *décision exécutoire*[66]*,* ce dont témoigne la formule *« décrétons »* omniprésente dans les actes signés du Maréchal Pétain. A proprement parler, et nonobstant l'intitulé des actes, le *règlement* est donc la seule source de droit, de niveau national, sous l'empire du régime de Vichy. Ce pouvoir réglementaire, le chef de l'Etat l'exerce en « conseils » (conseil des ministres[67], comité budgétaire[68], Conseil d'Etat[69], Conseil national[70] etc.) lui permettant d'associer des techniciens à la décision politique. En ce sens, le régime de Vichy renoue avec le modèle de « gouvernement à grand conseil », caractéristique pour Albert Mabileau de la « tradition plébiscitaire »[71] incarnée, avant Pétain, par les Bonaparte. Le régime de Vichy incarne donc un *« césarisme à la française »*[72]*,* et les juristes de l'époque ne s'y trompent pas[73]. Or ce modèle de gouvernement – le césarisme – qui repose sur la concentration des pouvoirs au profit d'un homme et la transcendance du pouvoir politique[74] est l'une des trois

---

Chambres, Jules Jeanneney et Edouard Herriot, face au régime de Vichy (1940-1942) », *Cahiers Jean Moulin,* n°1, 2015, [En ligne : https://revues.univ-lyon3.fr/cjm/index.php?id=101]

[65] Aux termes de l'Acte constitutionnel n°2, le chef de l'Etat exerce cette fonction « jusqu'à la formation des nouvelles assemblées ». Elles ne seront ni formées, ni réunies.

[66] C'est-à-dire, selon Hauriou, la décision qui *« tend à l'exécution par sa seule vertu »* (HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif,* 1ère éd., Paris : L. Larose et Forcel, 1892, 783 pages, spéc. p.160)

[67] Dès 1940 le Gouvernement est essentiellement, sinon exclusivement, composé d'experts. (v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.373-374)

[68] Loi du 16 novembre 1940 instituant un Comité budgétaire (J.O.R.F. du 20 novembre, p.5739) modifiée par la loi du 27 septembre 1941 (J.O.E.F. du 28 septembre, p.4171). Le comité budgétaire est un organe technique, composé exclusivement d'experts, obligatoirement consulté sur les projets de loi portant fixation du budget et ouverture de crédits.

[69] v., CARTON, O., « Regard sur l'activité consultative du Conseil d'Etat de 1940 à 1944 : peut-on conseiller innocemment un gouvernement comme celui de Vichy ? », *RDP,* 2010, p.579-645

[70] *cf. supra*, n°240

[71] MABILEAU, A., « Sur les idéologies et la politique en France. Une approche culturelle », *in : Itinéraires : études en l'honneur de Léon Hamon,* Paris : Economica, 1982, 685 pages, p.465-476, spéc. p.469. Il emprunte la formule « gouvernement à grand conseil » à Georges Lavau (LAVAU, G., *Sociologie de la vie politique française,* Paris : Les Cours de droit, 1968-1969, 176 pages, p.93-97) ; (*cf. infra*, n°304)

[72] La démonstration est opérée par Bruno Bittmann (v. *L'esprit de la loi et le régime de Vichy, op. cit.,* p.145 et s.). Avant lui, Michèle Cointet parvient à la même conclusion (COINTET-LABROUSSE, M., *Vichy et le fascisme : les hommes, les structures et les pouvoirs,* Bruxelles : Complexe, 1987, 267 pages, spéc., p.195)

[73] En 1942, Julien Laferrière rapproche l'Acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940 de la Constitution de 1852. (v. BITTMANN, B., *op. cit.,* p.151)

[74] v. BONNARD, R., *Les actes constitutionnels de 1940, op. cit.*, spéc. p.52 et s., p.110 et s. et p.119 et s. ; v. aussi MORABITO, M., *op. cit.,* p.376

« hantises » républicaines identifiées par Claude Nicolet[75]. En renouant avec le césarisme, le gouvernement de Vichy renoue avec les Empires napoléoniens qui, au XIXe siècle, incarnent l'échec des républiques, celles de 1795 et de 1848. En emportant les lois constitutionnelles de 1875, le régime de Vichy symbolise à son tour l'échec de la République parlementaire. La concentration des fonctions de législation, *de jure* ou *de facto*[76], dans les mains du chef de l'Etat, est un trait d'union entre l'an VIII, 1852 et 1940. Avec Vichy, le pouvoir réglementaire redevient ainsi l'instrument du pouvoir personnel, celui du Maréchal Pétain. Il fait à nouveau figure de *« repoussoir absolu »*[77] de l'idéal républicain.

256. On présente parfois cette concentration des fonctions de législation dans les mains du chef de l'Etat, sous Vichy, comme l'aboutissement du réformisme des années 1930 et du mouvement de renforcement de l'Exécutif[78]. Si les éléments de continuité entre le régime de Vichy et la République ne sont plus à démontrer[79], il ne faut pas se tromper sur la nature de cette continuité. Les réformistes de l'entre-deux-guerres ne sont pas majoritairement antiparlementaires. A leurs yeux, la participation nécessaire de l'Exécutif aux fonctions primaires de législation (la consécration inévitable de la pratique des décrets-lois), s'entend dans le cadre d'une réforme globale du système parlementaire, marquée notamment par l'avènement du fait majoritaire et le renforcement de la fonction de contrôle parlementaire (*cf. supra,* n°217 s.). Or, l'ajournement des Chambres en 1940 suffit à pervertir ce renforcement des fonctions de l'Exécutif ; la législation gouvernementale n'est plus *« l'aboutissement logique et nécessaire du régime parlementaire »*[80] (R. Capitant), elle en devient la négation.

257. A partir de 1942, le cadre constitutionnel de « l'Etat français » évolue. Sous la pression de l'Allemagne nazie[81], et sous l'empire des nécessités pratiques, le bicéphalisme de l'Exécutif est réintroduit par l'Acte constitutionnel n°11 du 18 avril 1942[82]. Progressivement le chef du Gouvernement acquiert une autonomie fonctionnelle. L'Acte constitutionnel n°12 du 17 novembre 1942 lui reconnaît des fonctions de législation primaire (« lois ») et

---

[75] NICOLET, C., *op. cit.,* p.270

[76] v., sur la pratique du Consulat et du Premier Empire, DURAND, C., « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », *in :* DURAND, C., LANZA, A., *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle,* Aix-en-Provence : PUAM, 1976, 416 pages, p.5-249, spéc. p.235

[77] ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.580

[78] COINTET, M., « L'œuvre constitutionnelle de l'Etat français (1940-1944). De l'idéologie à la stratégie » *in : Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France, op. cit.,* p.41

[79] v. notamment, BITTMANN, B., *L'esprit de la loi et le régime de Vichy : ruptures et continuités juridiques d'une République à l'autre, op. cit.,* spéc. « première partie ».

[80] *cf. supra,* n°203 s. et la référence citée.

[81] L'Allemagne nazie arbitre en faveur de Laval, sinon impose son retour. Le bicéphalisme confère à la fonction de Pierre Laval un statut constitutionnel. (v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.355)

[82] Acte constitutionnel n°11 du 18 avril 1942 (J.O.E.F. du 19 avril, p.1494)

secondaire (« décrets »)[83], en sus des fonctions d'administration (notamment de nomination) antérieurement détenues par les ministres, en vertu de la loi du 27 juillet 1940[84]. L'Acte constitutionnel n°12 *bis* du 26 novembre 1942 précise que la fonction de législation primaire du chef du Gouvernement s'exerce en « conseil de cabinet », c'est-à-dire hors la présence du maréchal Pétain[85]. Si les fonctions de législation demeurent exclusivement détenues par l'Exécutif, à partir de novembre 1942, le chef de l'Etat ne possède plus la « plénitude du pouvoir gouvernemental », tel que le reconnaissait l'Acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940. Ce partage fonctionnel n'en reste pas moins confus ; car les habilitations du chef de l'Etat et du chef du Gouvernement à produire de la législation primaire et secondaire, ne sont ni hiérarchisées, ni coordonnées[86] ; il n'y a ni rapport de prévalence, ni rapport d'habilitation entre les deux types de compétence, et aucun critère matériel ou temporel ne permet d'identifier un champ d'application propre à chacun d'eux. De sorte que, comme l'écrit Julien Laferrière, la méthode employée par les Actes constitutionnels de novembre 1942 :

> « consistait à admettre au profit du chef du Gouvernement une action concurrente et parallèle à celle du chef de l'Etat. Les mêmes actes pouvaient être faits soit par le chef de l'Etat, soit par le chef du Gouvernement seul. Sur une question donnée, au même moment, une loi pouvait être faite par le chef de l'Etat, et une loi différente par le chef du Gouvernement, ces deux lois ayant exactement la même valeur. Un tel système ne pouvait fonctionner qu'à condition que l'une de ces deux autorités s'abstînt d'exercer les attributions qu'elle possédait. »[87]

Une *confusion* formelle se superpose donc progressivement à la *confusion* organique des fonctions de législation. Cette absence de différenciation formelle des actes du Gouvernement de Vichy participe à l'installation d'un « désordre » normatif, unanimement reconnu à la Libération.

---

[83] Acte constitutionnel n°12 du 17 novembre 1942 (J.O.E.F. du 19 avril, p.3834) Article unique : *« Hors les lois constitutionnelles, le chef du Gouvernement pourra, sous sa seule signature, promulguer les lois ainsi que les décrets. »* La malfaçon rédactionnelle est certaine : d'une part, le terme « promulguer » est impropre s'agissant d'une décision exécutoire, d'autre part, l'ensemble des fonctions de législation s'exerce – depuis le 11 juillet 1940 – par décrets (*cf. supra*, n°255 s.).

[84] Loi du 27 juillet 1940 relative à la forme des actes administratifs individuels (J.O.R.F. du 28 juillet, p.4585). Cette loi du chef de l'Etat confiait la majeure partie du pouvoir de nomination aux ministres, sous forme d'arrêtés.

[85] Acte constitutionnel n°12 *bis* du 26 novembre 1942 (J.O.E.F. du 27 novembre, p.3922)

[86] On reprend ici la typologie proposée par Guillaume Tusseau pour rendre compte de l'articulation des normes d'habilitation (v. TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.395 et s.)

[87] LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.854

ii) Un ordre juridique peu formalisé

258. La formalisation est un processus de structuration de l'ordre juridique qui correspond à la détermination progressive, au niveau formellement constitutionnel, du mode de production et de validité des normes infraconstitutionnelles, c'est-à-dire des normes d'habilitation des organes constitués[88]. Elle offre donc *« une stabilité et une cohérence minimale propres à assurer la confiance des justiciables et l'ordre dans l'organisation des fonctions de l'Etat. »*[89] Or, force est de constater que l'ordre juridique de Vichy est initialement peu formalisé, et surtout – contrairement à la France Libre (*cf. infra*, n°273 s.) – ne cherche pas à le devenir. En dépit des efforts entrepris par Joseph Barthélemy, avec l'appui du Conseil d'Etat[90], et le Maréchal Pétain, avec l'appui du Conseil national[91], la réflexion constitutionnelle demeure à l'état de projet. Surtout, le retour de Pierre Laval au pouvoir, en avril 1942, marque la volonté de stopper l'œuvre constituante, et se traduit par l'ajournement des travaux du Conseil national. En janvier 1944, c'est l'Allemagne nazie qui s'oppose à la radiodiffusion du dernier projet de constitution établie par les collaborateurs du Maréchal Pétain[92]. Le régime de Vichy échoue donc à formaliser le nouvel ordre juridique, qui était pourtant *« sa raison d'être. »*[93]

259. Quant aux Actes constitutionnels de 1940-1942, dépourvus de rigidité[94], ils n'établissent aucune réelle différenciation formelle dans la production des normes infraconstitutionnelles. Il est extrêmement délicat de distinguer les actes du Maréchal Pétain,

---

[88] Sur ce processus, v. PFERSMANN, O., *in :* FAVOREU, L., *et al., Droit constitutionnel,* 21e éd., 2018, Paris : Dalloz, 1135 pages, spéc. p.92 et s. ; Emmanuel Cartier définit la formalisation comme un *« processus technique permettant la structuration d'un ordre juridique donné en aménageant les rapports de production et de validité entre ses différentes composantes normatives. »* (CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.548)

[89] CARTIER, E., « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC,* n°71, 2007, p.513-534, spéc. p.531

[90] En 1941, le Garde des Sceaux, Joseph Barthélemy, sollicite du Conseil d'Etat l'élaboration d'un projet de constitution censé mettre en forme la pensée constitutionnelle du Maréchal Pétain. Il est rédigé par une commission présidée par Alfred Porché au rapport de Henry Puget. Il est commenté et reproduit *in :* BOUGRAB, J., *op. cit.,* p.164 et s. ; et p.549 et s. Il sert de base au projet discuté par la commission pour la réforme de la constitution du Conseil national. ; v. aussi LE FLOCH, E., *Les projets de constitution de Vichy (1940-1944),* Thèse, Université de Paris 2, 2003, 749 pages

[91] La création du Conseil national, en janvier 1941, est motivée par la volonté du Maréchal Pétain de donner une constitution à l'Etat français. La commission pour la réforme de la constitution, réunie en son sein, élabore difficilement un projet. Il est mal accueilli par les notables de Vichy, voire par Pétain lui-même, et abandonné après le retour de Laval au pouvoir. (v. BOUGRAB, J., *op. cit.,* p.168 et s. ; COINTET, M., « L'œuvre constitutionnelle de l'Etat français (1940-1944). De l'idéologie à la stratégie » *in : Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France, op. cit.,* p.41 et s.)

[92] v. BOUGRAB, J., *op. cit.,* p.174 ; COINTET, M., « L'œuvre constitutionnelle de l'Etat français (1940-1944). De l'idéologie à la stratégie », *art. cit.,* p.46 et s.

[93] BOUGRAB, J., *op. cit.,* p.174

[94] Le chef de l'Etat concentre, en ses mains, la fonction constituante et la fonction législative ordinaire.

selon qu'ils interviennent dans l'exercice d'une fonction primaire de législation (les « lois ») ou d'une fonction secondaire – ou dérivée – de législation (les « décrets », c'est-à-dire les règlements administratifs). Or le régime contentieux des actes dépend de cette différenciation ; et la recherche d'un critère devient une préoccupation pour la doctrine de l'époque. En témoigne, par exemple, la thèse d'Henri Bonneau, parue en 1944, intitulée *La distinction de la loi et du règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942*[95]. En vérité, la distinction est délicate : la concentration des fonctions dans les mains du chef de l'Etat rend le critère organique inopérant. Le critère matériel est inexistant, sauf à considérer que le domaine de la « loi » est celui de la règle initiale et inconditionnée[96]. Mais alors, en l'absence de différenciation organique, comment considérer qu'une violation de la règle initiale et inconditionnée par le chef de l'Etat ne soit pas, en réalité, une manifestation de volonté initiale et inconditionnée du chef de l'Etat ? Le critère matériel est complètement inopérant. Reste le critère formel. L'Acte constitutionnel n°2 du 11 juillet 1940 impose que le pouvoir législatif s'exerce en conseil des ministres. Mais rien ne distingue alors les « lois » de ceux des règlements qui doivent, en vertu des textes en vigueur, être obligatoirement délibérés en conseil des ministres. Demeure la formule finale de l'exécution – *« le présent décret sera exécuté comme loi de l'Etat »* – qui passe pour le seul critère de distinction possible[97]. Mais alors l'omission d'une telle mention suffirait-elle à ôter à une « loi » sa force formelle de loi ? Déjà peu probante, la recherche du critère deviendra complètement vaine avec l'intervention des actes constitutionnels n°12 et 12 *bis* des 17 et 26 novembre 1942 qui reconnaissent au chef du Gouvernement les mêmes fonctions de législation qu'au chef de l'Etat (*cf. supra*, n°257). Les auteurs s'entendent alors pour dire qu'aucun critère ne permet plus de distinguer les différents types de lois et de règlements[98].

260. En définitive, reconnaît Dominique Rémy :

> « la différence entre loi et décret était devenue tellement ténue que les rédacteurs eux-mêmes s'y perdaient et, parfois, mélangeaient formule de promulgation et article d'exécution. (…) En fait, cette concentration du pouvoir normateur en une seule personne a un effet indirect mais certain qui est d'abolir le principe de la hiérarchie des normes juridiques. Qu'une loi modifie expressément un décret ou qu'un décret modifie une loi n'a plus aucune importance. L'acte

---

[95] BONNEAU, H., *La distinction entre la loi et le règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942,* Paris : Pédone, 1944, 263 pages

[96] Telle est la position de Roger Bonnard (*Les actes constitutionnels de 1940, op. cit.,* p.159)

[97] BONNEAU, H., *La distinction entre la loi et le règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942, op. cit.,* p.108 et s. et LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.848 et s.

[98] « *On ne peut dégager aucun critère juridiquement valable permettant de rendre compte de la répartition de la compétence législative entre le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement ».* (ROUSSEAU, C., « Préface » *in :* BONNEAU, H., *op. cit.,* p.VIII)

> constitutionnel n°10 aura ainsi son champ d'application déterminé par référence à un décret. »[99]

L'absence de formalisation aboutit, en réalité, à l'impossibilité d'opérer un calcul des défauts normatifs, à la vanité d'une correction juridictionnelle des normes défectueuses et par conséquent à la négation même de la hiérarchie des normes[100]. Vichy fait figure d'ordre juridique *« précaire. »*[101] A cela s'ajoute une illisibilité du droit. Ce *« désordre »* normatif est immédiatement perçu et unanimement dénoncé à la Libération, tant par les juristes conservateurs – comme Georges Ripert[102] – que par des personnalités politiques socialistes comme André Philip[103] ou Gilles Gozard, dont on reproduit les propos tenus devant l'Assemblée nationale en août 1948 :

> « Il est est hors de doute (…) que pendant l'occupation et, depuis, jusqu'à la réinstallation des assemblées parlementaires, une confusion s'est installée dans notre pays en matière de textes légaux et réglementaires. Cette confusion a pris naissance à l'occasion de la réunion entre les mains de l'Exécutif, ou des personnes qui se prétendaient détentrices de l'exécutif, du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Dès l'instant où ces pouvoirs se sont trouvés réunis entre les mains de mêmes personnes, il était inévitable que se crée une certaine confusion. Les procédures pour établir un décret, un règlement ou une loi devenant identique, il était dès lors fatal que là où, souvent, un simple décret eût suffi, une loi fût édictée. »[104]

261. On retrouve ici l'une des caractéristiques du droit nazi – la *« déformalisation radicale du droit »*[105] – récemment mise en évidence par Olivier Jouanjan. Sous le IIIe Reich, comme sous Vichy, la définition de la loi ne répond plus à aucun critère rationnel, de sorte qu'il devient impossible de distinguer, et de hiérarchiser, les actes juridiques entre eux[106]. Dans ces régimes de *« domination sans formes »*[107], seule compte en définitive *« l'immédiateté pure de la décision »*[108], la fulgurance de la mesure d'exception.

---

[99] REMY, D., *Les lois de Vichy : actes dits « lois » de l'autorité de fait se prétendant « gouvernement de l'Etat français »,* Paris : Ed. Romillat, 1992, 255 pages, spéc. p.23. L'auteur ajoute : *« A la limite, il était même plus facile de modifier la constitution qu'un décret puisque les actes constitutionnels étaient pris (...) sous la seule signature du maréchal Pétain. »* (*ibid.,* p.22, note 1)

[100] v. PFERSMANN, O., *in :* FAVOREU, L., *et al., Droit constitutionnel, op. cit.,* 21e éd., p.75 et s. ; v. en ce sens, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.550, note 2

[101] CASSIN, R., « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », *La France Libre,* Londres, vol. 1, n°2, 16 décembre 1940, *reproduit in : RDP,* 2010, n°3, p.646 et s.

[102] *« Le désordre s'est singulièrement accru quand le Gouvernement de fait de 1940 a exercé lui-même le pouvoir législatif. »* RIPERT, G., *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine,* Paris : LGDJ, 1999, 225 pages, Reprod. photomécanique de l'éd. de : Paris : LGDJ, 1949, p.157

[103] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n° 103 – séance du 28 septembre 1946, page 4230.

[104] J.O.D.P., Assemblée nationale – 1ère séance du 9 août 1948, page 5564

[105] JOUANJAN, O., *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours juridique nazi,* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2017, 328 pages, spéc. p.147, p.151, et p.285 et s.

[106] *« les textes ne forment plus que des boucles étranges et des hiérarchies enchevêtrées »* (*ibid.,* p.151)

[107] *ibid.,* p.288

[108] *ibid.,* p.289

b) La législation gouvernementale de Vichy : un usage abject sur le fond. Le réveil des « hantises » républicaines

262. Plus que la forme, c'est évidemment le fond des actes de Vichy qui disqualifie, à la Libération, le pouvoir réglementaire. Dans les mains du Maréchal Pétain et de Laval, il redevient l'instrument du *« coup d'Etat »*, de la *« restauration »* et du *« césarisme »*[109] ; employé à la collaboration volontaire avec l'Allemagne nazie, il fait plus que jamais figure de *« hantise »* républicaine (C. Nicolet).

i) L'instrument du césarisme et du pouvoir personnel

263. Le registre du césarisme n'est plus à démontrer (*cf. supra*, n°255). En autoproclamant Pétain « chef de l'Etat français », en ajournant les Chambres *sine die,* la législation gouvernementale de Vichy s'érige en instrument du césarisme et du pouvoir personnel. Elle réintroduit le dauphinat[110] et installe le culte de la personnalité autour du Maréchal[111].

ii) L'instrument du coup d'Etat

264. Nécessaire à la démonstration de la continuité républicaine, le registre *l'illégalité* du régime de Vichy est rapidement avancé par les autorités de la France Libre[112]. Dès le 27 octobre 1940, le *Manifeste de Brazzaville* qualifie *« l'organisme sis à Vichy »* d'inconstitutionnel, et le général de Gaulle en expose précisément les motifs dans sa déclaration organique du 16 novembre 1940[113]. René Cassin – à qui l'on doit cette *« doctrine officielle »*[114] de la France Libre – n'hésite pas à qualifier la *« soi-disant »* constitution de

---

[109] Ils sont, pour Claude Nicolet, les trois *« hantises »* républicaines (NICOLET, C., *op. cit.* p.269-270)

[110] Acte constitutionnel n°4 du 12 juillet 1940 relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'Etat (J.O.R.F. du 13 juillet, p.4521) ; Acte constitutionnel n°4 *bis* du 24 septembre 1940 relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'Etat (J.O.R.F. du 25 septembre, p.5153) ; Acte constitutionnel n°4 *ter* du 13 décembre 1940 relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'Etat (J.O.R.F. du 14 décembre, p.6114) ; Acte constitutionnel n°4 *quater* du 10 février 1941 relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'Etat (J.O.E.F. du 11 février, p.674) ; Acte constitutionnel n°4 *quinquies* du 17 novembre 1942 relatif à la suppléance et à la succession du chef de l'Etat (J.O.E.F. du 19 novembre 1942, p.3834)

[111] Décret du 27 janvier 1941 relatif à la reproduction des traits du chef de l'Etat (J.O.E.F. du 26 janvier *[sic],* p.436 ; Loi du 18 juillet 1941 portant réglementation de la reproduction des traits du chef de l'Etat (J.O.E.F. du 26 juillet, p.3130)

[112] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.44 et s.

[113] Manifeste du 27 octobre 1940 relatif à la direction de l'effort français dans la guerre (J.O.F.L n°1 du 20 janvier 1941, p.3 ; Déclaration organique du 16 novembre 1940 complétant le Manifeste du 27 octobre 1940 J.O.F.L n°1 du 20 janvier 1941, p.4)

[114] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.46

Vichy » de *« coup d'Etat »*[115], registre invariablement réemployé par la France Libre et ses organes, en témoignent les débats devant l'Assemblée consultative provisoire (*cf. infra,* n°286). Car, effectivement, même si la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 n'est pas en elle-même irrégulière[116] (*cf. supra*, n°246 s.), les Actes constitutionnels des 11 et 12 juillet 1940 sont pleinement inconstitutionnels ; non seulement sont-ils entachés d'incompétence (*cf. supra,* n°253 s.), mais surtout ils portent atteinte à la « forme républicaine du gouvernement », ce qu'interdit expressément l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, modifiée en 1884, et ce à quoi la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ne permet pas de déroger. En confiant au « gouvernement de la République » le soin d'élaborer par « un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'Etat français », celle-ci habilite le Président de la République, Albert Lebrun, sous le contreseing du président du Conseil, Philippe Pétain, à exercer un pouvoir réglementaire en matière constitutionnelle. Or, l'emploi du pluriel de majesté par le président du Conseil – *« Nous, Philippe Pétain, Maréchal de France »* – et l'absence de signature du Président de la République sur « l'Acte constitutionnel n°1 » du 11 juillet 1940 suffisent à rompre avec la forme républicaine du gouvernement et à entacher d'inconstitutionnalité (tant au regard de l'article 8 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qu'au regard de la loi du 10 juillet 1940) non seulement l'Acte constitutionnel n°1, mais l'ensemble de la législation gouvernementale subséquente de Vichy[117]. En ce sens, le pouvoir réglementaire redevient effectivement, dans les mains de Pétain et de Laval, aux yeux de la France Libre, l'instrument du « coup d'Etat ».

iii) L'instrument de la restauration

265. La législation gouvernementale sous Vichy renoue, enfin, avec la dernière des hantises républicaines identifiée par Claude Nicolet : la restauration. Car, dès 1940 le régime de Vichy, s'affiche ouvertement comme « contre-révolutionnaire », rejetant l'héritage de 1789. La « Révolution nationale », reconnaît Jean-François Muracciole, *« puise l'essentiel de ses références dans le très ancien programme de la droite contre-révolutionnaire française, programme régénéré au début du XXe siècle par Charles Maurras et les penseurs de l'Action française. Ce nationalisme est fondé sur la certitude que la révolution de 1789 a produit un*

[115] CASSIN, R., « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », *art. cit.*
[116] Ce que tente cependant de démontrer Cassin.
[117] v., dans le même sens, CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.85 s.

déchirement néfaste dans l'histoire de France »[118]. Or, en rejetant l'héritage de la Révolution française et des principes de 1789, le régime de Vichy rejette le principal fondement idéologique de la République, donc l'idée républicaine elle-même (*cf. supra,* n°37 s.). Effectivement, le régime de Vichy s'attache l'un après l'autre à tous les symboles de la République : le terme « République » est abandonné au profit de celui « d'Etat français », on substitue le triptyque « Travail, famille, patrie » à la devise républicaine « Liberté, égalité, fraternité », dans les mairies, le buste de Marianne est remplacé par des portraits du Maréchal Pétain[119], les hommes politiques qui incarnaient le plus la République et le système parlementaire sont déchus de leur nationalité[120], voire jugés à Riom et traqués. Les leaders communistes sont condamnés à mort, sur le fondement de la rétroactivité de la loi pénale, par une section spéciale à l'été 1941.

266. La législation gouvernementale est l'instrument de cette politique « contre-révolutionnaire ». Elle opère la destruction des symboles de la République, mais surtout porte atteinte aux cinq piliers idéologiques du modèle républicain identifiés par Serge Berstein : le primat de l'individu sur la société ; la prépondérance du Parlement dans les institutions ; la laïcité de l'Etat et de l'école ; une promesse de progrès social graduel ; le pacifisme et la défense nationale[121]. Force est de constater – qu'à l'exception de l'idéal de « progrès social » – le régime de Vichy détruit l'essentiel des fondements idéologiques de la République. D'abord, il est porté, par les Actes constitutionnels des 11 et 12 juillet 1940, une atteinte évidente à la prépondérance du Parlement dans les institutions, puisque le chef de l'Etat concentre en ses mains l'ensemble des fonctions de l'Etat et que les Chambres sont ajournées *sine die* (*cf. supra*, n°255). Plus que cela, les décrets du Maréchal Pétain déconstruisent l'ensemble de la *« société de l'éloquence »*[122], qui reproduisait – à tous les niveaux de l'activité démocratique – le modèle de la délibération parlementaire ; la démocratie locale est mise au ban par la suppression des conseils généraux et l'asservissement des conseils municipaux[123] Ensuite, est porté atteinte au « primat de l'individu sur la société » ; les libertés

---

[118] MURACCIOLE, J.-F., « Vichy (Régime de) », *in* SIRINELLI, J.-F., (dir)., *Dictionnaire de l'histoire de France,* Paris : Larousse, 2006, 1176 pages, spéc. p.1151

[119] *ibid.*

[120] Acte constitutionnel n°6 du 1er décembre 1940 (J.O.R.F. du 4 décembre, p.5958)

[121] BERSTEIN, S., « La culture républicaine dans la première moitié du XXe siècle », *in :* BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain, op. cit.,* spéc. p.160 et s.

[122] ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *art. cit.,* p.264 s.

[123] Loi du 18 août 1940 modifiant l'article 24 de la loi du 10 août 1871 (conseils généraux), (J.O.R.F. du 20 août, p.4743) ; Loi du 12 octobre 1940 portant suppression des conseils généraux et des conseils d'arrondissement (J.O.R.F. du 13 octobre, p.5274) ; Loi du 16 novembre 1940 portant réorganisation des corps municipaux (J.O.R.F. du 12 décembre, p.6074) ; Loi du 16 novembre 1940 relative au pouvoir de substitution de

individuelles sont amputées (liberté de conscience[124], de réunion[125], de publication[126], de commerce et d'industrie[127] etc.), l'idée individualiste elle-même s'efface derrière la mainmise de l'Etat sur la société, en témoigne le rétablissement des corporations qu'incarne la Charte du travail du 4 octobre 1941[128]. Enfin, la législation gouvernementale de Vichy porte atteinte à l'idéal de laïcité républicaine, en renouant avec l'enseignement congréganiste[129], en subventionnant l'enseignement privé et installant une politique ouvertement cléricale[130]. Le pouvoir réglementaire est donc employé, par l'Etat français à la destruction systématique des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». Il incarne, dans les mains de Pétain et de Laval, la « contre-révolution », c'est-à-dire la négation de l'héritage libéral des principes de 1789, et partant de la République elle-même.

iv) L'instrument des exclusions et de la répression

267. Le régime de Vichy repose sur l'idée de « purification » de la France de ses éléments « étrangers »[131] conduisant à la mise en place de politiques d'exclusion[132]. On sait aujourd'hui que cette politique est pratiquée *volontairement* par le régime. Dès l'été 1940, les sociétés maçonniques sont dissoutes[133], les communistes et anarchistes traqués[134], les étrangers sont

---

l'autorité supérieure, aux délégations spéciales, à l'administration cantonale et aux secrétaires de mairie (J.O.R.F. du 12 décembre, p.6075) v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.356 et s.

[124] Loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs (J.O.R.F. du 18 octobre, p.5323) ; Loi du 21 janvier 1942 réprimant la lacération des affiches apposées au nom du Gouvernement ou sous son contrôle, ainsi que les manifestations antinationales, ou antigouvernementales (J.O.E.F. du 14 février, p.647)

[125] Loi du 18 juillet 1941 modifiant les dispositions de la loi du 30 juin 1881 régissant les réunions publiques (J.O.E.F. du 1er août, p.3210) ; Loi du 11 août 1941 relative aux réunions privées organisées par les partis ou groupements politiques (J.O.E.F. du 12 août, p.3366)

[126] Loi du 28 octobre 1940 interdisant la réception de certaines émissions radiophoniques sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public (J.O.R.F. du 3 novembre, p.5538)

[127] Institution d'un dirigisme économique : loi du 16 août 1940 concernant l'organisation provisoire de la production industrielle (J.O.R.F. du 18 août, p.4731) ; loi du 10 septembre 1940 portant création de la répartition des produits industriels (J.O.R.F. du 12 septembre, p.4970) ; v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.390 et s.

[128] Loi du 4 octobre 1941 relative à l'organisation sociale des professions (J.O.E.F. du 26 octobre, p.4650) ; v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.395 et s.

[129] Loi du 3 septembre 1940 abrogeant la loi du 7 juillet 1904 et l'article 14 de la loi du 1er juillet 1901 (J.O.R.F. du 4 septembre, p.4889)

[130] Loi du 8 avril 1942 modifiant l'article 13 de la loi du 1er juillet 1901 sur les congrégations (J.O.E.F. du 17 avril, p.1446) Sur la politique cléricale de Vichy, v., BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.402 et s.

[131] MURACCIOLE, J.-F., « Vichy (Régime de) », *art. cit.,* p.1153

[132] AZEMA, J.-P., « Vichy face au modèle républicain », *art. cit.,* p.337

[133] Loi du 13 août 1940 portant interdiction des associations secrètes (J.O..F. du 14 août, p.4691 ; réctif. J.O.R.F. du 3 septembre, p.4882) ; décret du 19 août 1940 constatant la nullité des associations dite « La Grande Loge de France » et « Le Grand-Orient de France » (J.O.R.F. du 20 août, p.4744)

[134] Loi du 14 août 1941 réprimant l'activité communiste ou anarchiste (J.O.E.F. du 16 août, p.3438)

internés dans des camps, ceux d'entre eux naturalisés Français, déchus de leur nationalité[135], principalement les juifs d'Europe centrale. L'antisémitisme de Vichy est avéré : deux statuts des juifs sont rédigés en octobre 1940 et juin 1941, interdisant aux juifs français d'exercer certaines fonctions publiques et électives et soumettant leur accès aux professions libérales à un *numerus clausus* sévère[136]. Par la suite, le régime ne s'opposera pas aux mesures de répressions très dures imposées par l'occupant aux juifs en zone nord et apportera même son concours aux rafles et à l'internement des juifs à Drancy, antichambre des camps d'extermination.

268. A partir de 1942, le régime abandonne la « Révolution nationale » et s'oriente vers l'Etat policier, *« dominé par la Milice, au visage ultra-répressif et complice du génocide nazi »*[137]. La législation gouvernementale devient l'instrument d'une *« terreur d'Etat »*[138], celle de répression policière et de l'arbitraire judiciaire[139]. En 1944, le pouvoir réglementaire de Vichy n'incarne plus seulement la destruction de l'idéal républicain, mais de l'Etat de droit lui-même.

269. Conclusion. Ces considérations permettent de comprendre pourquoi l'émancipation du pouvoir réglementaire n'est pas un processus lisse et linéaire entre 1914 et 1958. L'usage fait par le régime de Vichy de la législation gouvernementale, en la forme (césarisme) et sur le fond, réveille les plus vieilles « hantises » républicaines. A la Libération, la République se refonde en rejetant violemment l'héritage de Vichy et en glorifiant celui de la Révolution française et des principes de 1789 ; le legs du réformisme des années 1930 est délaissé, et emporte avec lui le refoulement du pouvoir réglementaire, pourtant légitimité par la France Libre.

---

[135] Loi du 16 juillet 1940 relative à la procédure de déchéance de la qualité de Français (J.O.R.F. du 17 juillet, p.4534) ; Loi du 27 septembre 1940 relative à la situation des étrangers en surnombre dans l'économie nationale (J.O.R.F. du 1er octobre, p.5198)

[136] Loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs (J.O.R.F. du 18 octobre, p.5323) ; loi du 2 juin 1941 remplaçant la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs (J.O.E.F. du 14 juin, p.2475) ; loi du 2 juin 1941 prescrivant le recensement des juifs (J.O.E.F. du 14 juin, p.2476) ; loi du 21 juin 1941 réglant les conditions d'admission des étudiants juifs dans les établissements d'enseignement supérieur (J.O.E.F. du 24 juin, p.2628) ; loi 2 novembre 1941 interdisant toute acquisition de fonds de commerce par les juifs (J.O.E.F. du 6 novembre, p.4806) ; loi du 11 décembre 1942 relative à l'apposition de la mention « juif » sur les titres d'identité délivrés aux israélites français et étrangers (J.O.E.F. des 30 novembre et 1er décembre, p.3967) ; sur la politique antijuive et antisémite, v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.463 et s.

[137] MURACCIOLE, J.-F., « Vichy (Régime de) », *art. cit.,* p.1154

[138] AZEMA, J.-P., « Vichy face au modèle républicain », *art. cit.,* p.346

[139] Loi du 30 janvier 1943 relative à la Milice française (J.O.E.F. du 31 janvier, p.290) ; Loi du 11 février 1943 relative à la Légion des volontaires français contre le bolchevisme (J.O.E.F. du 12 février 1943, p.410) ; Loi du 19 février 1944 instituant des cours martiales (J.O.E.F. du 21 février, p.238).

B- LA LEGITIMATION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE PAR LA FRANCE LIBRE

270. Dans l'histoire de l'émancipation du pouvoir réglementaire, l'héritage de la Seconde guerre mondiale est ambigu et conflictuel, car – sur une même période temporelle – un régime disqualifie la législation gouvernementale (Vichy) quand l'autre lui confère une légitimité historique (la France Libre)[140]. En effet, c'est sur le terrain *politique* – celui des valeurs républicaines – que se situe d'emblée la France Libre[141] pour justifier son action et renier l'existence du régime de Vichy[142]. En dépit d'une *« structure autoritaire »*[143] (G. Burdeau) – marquée par la concentration des fonctions juridiques dans les mains de quelques organes non élus – les institutions de la France Libre contribuent doublement à légitimer la législation gouvernementale : matériellement, elles incarnent la continuité de *l'idée républicaine* (1), formellement, elles assurent la structuration progressive des normes infraconstitutionnelles (2). Bien qu'immédiatement refoulé, le pouvoir réglementaire en sortira incontestablement – et inconsciemment – renforcé.

1) La légitimation substantielle : la continuité de « l'idée républicaine »

> « Si le Gouvernement est celui de la République (…) c'est pour cette raison qu'il fait et fera appliquer les lois, les justes lois que la nation s'est donnée au temps où elle était libre et qui s'appellent les lois républicaines. »[144]
>
> Charles de Gaulle – 12 septembre 1944

271. La légitimité se situe sur le terrain des valeurs[145] et de l'acceptable. Elle est constituée de principes fondateurs – culturels, idéologiques et institutionnels – qui déterminent le

---

[140] Nicolas Roussellier ne s'y trompe pas : *« Si le « pouvoir réglementaire »,* écrit-il, *a pu ainsi changer de statut à partir de 1958, c'est qu'il bénéficie aussi du rôle des circonstances historiques qui sont indissociables de l'histoire du gaullisme depuis 1940. »* (ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.492)

[141] Le terme « France Libre » est employé *lato sensu* pour qualifier l'ensemble des autorités provisoires qui se succèdent à Londres, Alger et Paris entre juin 1940 et le 2 novembre 1945, date de la première constitution formelle d'après-guerre et du rétablissement de la représentation parlementaire. Pour un usage comparable, mais temporellement différent, v. CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *in : Mélanges en l'honneur de Bernard Pacteau : Cinquante ans de contentieux publics,* Paris : Mare & Martin, 2018, 707 pages, spéc. p.181-215, spéc. p.182

[142] Sur cette question de la « prévalence de la construction politique » pour affirmer l'inexistence du régime de Vichy, v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.89-156

[143] BURDEAU, G., *Droit constitutionnel,* 5ème éd. entièrement refondue, Paris : LGDJ, 1947, 317 pages, spéc. p.206

[144] GAULLE, C., Discours prononcé au Palais de Chaillot le 12 septembre 1944, en présence du Gouvernement, du CNR et des grands corps de l'Etat, *Discours et messages,* t.1, Paris : Plon, 1970, 677 pages, spéc. p.448

[145] GOYARD-FABRE, S., « Légitimité », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.933

fondement de ce qui *doit être*[146]. Si la France Libre contribue à la légitimité du pouvoir réglementaire, c'est parce qu'elle incarne, en 1945, les conceptions prévalentes de l'acceptable (morales, sociologiques, culturelles, voire légalo-rationnelles etc.) qui justifient *hic et nunc* le droit à gouverner, et se confondent – à cette époque précise – avec « l'idée républicaine ». Dès 1940, la France Libre inscrit effectivement son action, et justifie sa rupture avec Vichy, par l'idée d'assurer la continuité, non seulement formelle avec les lois constitutionnelles de 1875, mais surtout matérielle avec « l'idée républicaine » elle-même. En effet, dans le discours de la France Libre, le régime de Vichy n'apparaît pas seulement *illégal* mais *illégitime*, c'est-à-dire contraire au modèle républicain lui-même. D'emblée, la France Libre entend positionner son action – et justifier le rejet de Vichy – en référence à « l'idée républicaine »[147]. La Déclaration du 16 novembre 1940 complétant le Manifeste de Brazzaville en témoigne ; le général De Gaulle y dénonce, tant l'irrégularité formelle de de Vichy, que l'atteinte aux piliers du modèle républicain réalisée par les Actes constitutionnels du 11 juillet 1940. Il y dénonce le pouvoir personnel du Maréchal Pétain (*« monarque absolu »*), l'atteinte à la *« société de l'éloquence »*[148] (N. Roussellier) – c'est-à-dire au modèle du gouvernement délibératif – par la suppression de la représentation nationale, et la suspension des conseils généraux et municipaux, l'outrage aux libertés individuelles (par un régime qui *« [fait] fi des Droits de l'Homme et du Citoyen »*)[149], etc. En vérité, ce sont tous les piliers de « l'idée républicaine » que le général De Gaulle énumère pour dénoncer l'illégitimité de Vichy. Les propos de René Cassin sont encore plus significatifs. Dès 1940, il s'attache non seulement à démontrer le « coup d'Etat » de Vichy (*cf. supra*, n°264), mais surtout l'atteinte portée à l'idéal républicain par le nouveau régime. Cassin multiplie les références à la Révolution française et aux principes de 1789[150], socles idéologiques de l'idée

---

[146] *ibid.* ; v. aussi GOYARD-FABRE, S., « La légitimité », *Revue de théologie et de philosophie,* 1990, n°2, p.235-252, spéc. p.250 ; v. encore, GOYARD-FABRE, S., « Légitimité », *in :* REYNAUD, P., RIALS, S., *Dictionnaire de philosophie politique,* Paris : PUF, 2012, 866 pages, spéc. p.388. Elle répond donc, pour l'auteure, à la question *Quid juris* ? Paul Bastid définit ainsi la légitimité comme *« le fondement du pouvoir et la justification de l'obéissance qui lui est due »* (BASTID, P., « Légitimité », *in : Encyclopaedia Universalis* [en Ligne])

[147] *contra* CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.91 et s. ; v. aussi CARTIER, E., « De l'anéantissement au retour du *de cujus* ou l'insoutenable ambivalence de l'ordonnance du 9 août 1944 », *in :* FROGER, C., PLATON, S., BENELBAZ, C., BERTHIER, B., (dir.), *L'œuvre législative de Vichy d'hier à aujourd'hui,* Paris : Dalloz, 2017, 289 pages, p.43-65, spéc. p.46 et s. L'auteur considère que la référence à la « République » est tardive dans le discours de la France Libre : *« Jusqu'en 1942, la doctrine officielle de la France Libre ne cherche pas à rattacher son action à la notion de République (...) »*

[148] *cf. supra*, n°45

[149] Déclaration organique du 16 novembre 1940 complétant le Manifeste du 27 octobre 1940 J.O.F.L n°1 du 20 janvier 1941, p.4

[150] *« pour le peuple français qui a fait la révolution de 1789 afin de mettre fin à l'arbitraire, l'idée de légalité a gardé une puissance incomparable. Le principe de la souveraineté nationale, la devise : Liberté, Égalité,*

républicaine. Il dénonce l'avènement d'un régime *« césarien »* – de pouvoir personnel – qui aboutit à :

> « la suppression du droit pour la nation de choisir, contrôler ou refuser de réélire ses chefs ou représentants, [et] s'encadre naturellement dans tout un ensemble de mesures imprégnées d'esprit totalitaire : suppression des libertés élémentaires, telles que celle de conscience, de parole, de réunion (…) ».

Pour Cassin comme pour de Gaulle, l'illégitimité de Vichy résulte donc de la démolition des piliers du modèle républicain ; en *« battant en brèche »* les principes de 1789, Vichy bat en brèche l'idée républicaine. Assurer la continuité matérielle de la République apparaît donc *dès l'origine* comme la raison d'être de la France Libre[151]. Ce registre est de plus en plus explicite à mesure que se prolonge la guerre. A partir de 1942, l'idée républicaine devient la *« tête de proue »*[152] de la France Libre. Pour de Gaulle, *« le régime républicain est le seul légitime »*[153] ; c'est donc les *« justes lois de la République »*[154] qui guident et justifient l'action de la France Libre, et qui sont rétroactivement rétablies en 1944.

272. Entre 1940 et 1945, la législation gouvernementale des autorités provisoires incarne donc la légitimité républicaine. Ainsi, et paradoxalement, pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle, les « ordonnances » ne font plus figure de « hantise » républicaine, mais symbolisent la permanence de la République. Elles sont l'instrument du rétablissement, non seulement des grandes « libertés publiques » républicaines[155], mais surtout des formes du

---

Fraternité, ne peuvent eux-mêmes être mis en valeur que si la Loi est respectée. (…) Sous couleur de réaliser préventivement la contre-révolution, les principes fondamentaux, consacrés par la révolution de 1789, ont été battus en brèche. » (CASSIN, R., « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », *art. cit.,* p.646 et s.)

[151] On ne partage donc pas entièrement la position d'Emmanuel Cartier (*cf. supra*, n°271, note 147)

[152] CARTIER, E., « De l'anéantissement au retour du *de cujus* ou l'insoutenable ambivalence de l'ordonnance du 9 août 1944 », *art. cit.,* p.47 ; v. aussi, CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.96 et s. et p.140 et s.

[153] DE GAULLE, C., Conférence de presse tenue à Londres le 9 février 1943, *Discours et messages*, p.262, cité par CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.97

[154] DE GAULLE, C., Discours radiodiffusé par Brazzaville et Beyrouth le 21 novembre 1942, *Discours et messages,* p.143, cité par CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.147

[155] Avant l'ordonnance du 9 août 1944, ce rétablissement est « ponctuel » (E. Cartier) : Ordonnance du 1er juillet 1943 portant amnistie (J.O.R.F. (Alger) du 1er juillet, p.14) ; Ordonnance du 4 juillet 1943 concernant la réintégration des magistrats, fonctionnaires et agents civils et militaires révoqués, mis à la retraite d'office, licenciés ou rétrogradés (J.O.R.F. (Alger) du 10 juillet, p.22) ; Ordonnance du 15 décembre 1943 portant annulation de la loi du 13 août 1940 et des dispositions subséquentes relatives aux associations dites secrètes (J.O.R.F. (Alger) des 23-25 décembre 1943, p.352) ; Ordonnance du 21 décembre 1943 relative à la réintégration des salariés israélites dans les entreprises privées (J.O.R.F. (Alger) du 1er janvier 1944, p.3) ; Ordonnance du 24 novembre 1943 déclarant nulles certaines lois pénales de l'autorité de fait dite « Gouvernement de l'Etat français » (J.O.R.F (Alger) du 27 novembre, p.295) ; Ordonnance du 6 mai 1944 sur le régime de la presse en temps de guerre (J.O.R.F. (Alger) du 20 mai, p.401) ; Ordonnance du 6 mai 1944 relative à la répression des délits de presse (J.O.R.F. (Alger) du 20 mai, p.402). (v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.296-300). Ce rétablissement est systémique avec l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental (J.O.R.F. du 10 août, p.688), v. CARTIER, E., *ibid.,* p.333 et s.

gouvernement républicain, c'est-à-dire de la souveraineté nationale[156], de la représentation parlementaire[157], de la démocratie locale[158] et de la subordination de l'Exécutif[159]. Bref, ce sont les piliers du modèle républicain que la législation gouvernementale de la France Libre reconstruit progressivement : le pouvoir réglementaire – exercé par voie d'ordonnances – n'est plus synonyme « d'échec » de la République (C. Nicolet), mais de victoire de l'idée républicaine.

2) La légitimation formelle : la différenciation progressive des fonctions de législation

273. Dans les mains des autorités provisoires de la France Libre, la législation gouvernementale acquiert également une légitimité formelle. Contrairement à l'ordre

---

[156] Dès 1940, Cassin dénonce *« la suppression* [par Vichy] *du droit pour la nation de choisir, contrôler ou refuser de réélire ses chefs ou représentants »* (*cf. supra*, n°271). En 1942, De Gaulle s'engage à assurer le recouvrement de la « souveraineté nationale », qu'il assimile désormais pleinement à la « forme républicaine du Gouvernement » (v. sa conférence de presse, à Londres, du 27 mai 1942, citée par CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.97 et s.) Le rétablissement de la souveraineté nationale devient un objectif des autorités provisoires de la France Libre (v. CARTIER, E., *ibid.,* p.97 et s.). Ordonnance n°55 du 27 mai 1943 portant modification de l'ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 créant le Comité national français (J.O.F.C. du 15 juin, p.54) : art. 2 : « L'organisation modifiée ou nouvelle aura pour but de représenter l'unité française et d'assurer l'exercice de la souveraineté nationale. Elle devra être conforme aux principes fondamentaux de la République. »

[157] Les institutions provisoires de la France Libre cherchent à rétablir le principe de la représentation parlementaire, et se dotent d'instances représentatives quasi-parlementaires. (*cf. infra*, n°279 s.). Dès 1941, il est prévu l'institution d'une Assemblée consultative auprès du Comité national français. (v. Ordonnance n°16 du 24 novembre 1941 portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France Libre et créant le Comité national français (J.O.F.L du 14 octobre, p.1) Elle est effectivement créée deux ans plus tard (v. Ordonnance du 17 septembre 1943 portant constitution d'une Assemblée consultative provisoire (J.O.R.F (Alger) du 23 septembre 1943, p.139)). Il était prévu qu'elle se transforme en Assemblée représentative élue à mesure que fût libéré le territoire métropolitain (v. Ordonnance du 21 avril 1944 portant organisation des pouvoirs publics en France après la Libération (J.O.R.F. (Alger) du 22 avril 1944, p.325), notamment le Titre IV relatif à l'Assemblée représentative provisoire, élue par les départements métropolitains. (Sur le retour progressif aux fonctionnements d'institutions représentatives provisoires, v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.431 et s. et p.475 et s.) L'ordonnance du 17 août 1945 organise enfin le rétablissement d'une véritable distinction organique et d'une spécialisation fonctionnelle, en dotant la future Assemblée élue du monopole du pouvoir législatif. (Ordonnance n°45-1836 du 17 août 1945 instituant une consultation du peuple français par voie de référendum et fixant le terme des pouvoirs de l'Assemblée consultative provisoire (J.O.R.F. du 19 août, p.5154)

[158] L'ordonnance du 21 avril 1944 (titre Ier) précitée rétablit les conseils municipaux et départementaux dissous (v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.476 et s.)

[159] La France Libre entend renouer avec le principe de la supériorité des lois formelles, et la subordination de l'Exécutif. De Gaulle l'exprime en ces termes le 12 septembre 1944 : *« Sans doute n'affirmons-nous pas que toutes [les lois] soient parfaites, mais, telles quelles, elles sont les lois ! et, tant que la souveraineté nationale ne les aura pas modifiées, c'est le strict devoir du pouvoir exécutif, fut-il comme il l'est provisoire, de les faire exécuter dans leur esprit et dans leurs termes (...) »* (GAULLE, C., Discours prononcé au Palais de Chaillot le 12 septembre 1944, précité). L'ordonnance du 17 août 1945 prévoit d'ailleurs le rétablissement du principe de la souveraineté législative du Parlement, réalisé par la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 (art. 4) Dès 1940, le respect de la légalité administrative – et de la différenciation formelle des actes législatifs et administratifs – est au cœur des préoccupations de la France Libre, qui se dote d'un juge – le Comité temporaire du contentieux – pour en assurer le respect. V., sur cette question, CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *art. cit.,* spéc. p.197 et s.

juridique de Vichy – peu formalisé (*cf. supra,* n°258 s.) – l'ordre juridique de la France Libre s'attache à la formalisation progressive des normes infraconstitutionnelles produites par lui[160]. Il s'agit ici, selon Emmanuel Cartier, d'une *« caractéristique originale »*[161] – pour ne pas dire exceptionnelle[162] – dans l'histoire des gouvernements provisoires républicains. La France Libre s'emploie effectivement à structurer, par des normes matériellement (sinon formellement) constitutionnelles, la production et la validité des normes de son système juridique[163]. La formalisation est donc un gage de légitimité juridique ; en dépit d'une concentration organique des fonctions de législation au profit d'autorités non élues[164] – l'exercice de la législation gouvernementale sous la France Libre est assorti de garanties, pas même réalisées par la République parlementaire. La différenciation formelle des fonctions de législation de la France Libre est graduelle et progressive : d'abord purement nominale (a), elle devient procédurale (b), puis matérielle (c) et presque organique (d), au point de renouer quasiment avec le modèle de la République parlementaire.

a) Une différenciation nominale

274. Par l'ordonnance n°1 du 27 octobre 1940, le général de Gaulle – autoproclamé chef des Français libres – s'octroie l'intégralité des fonctions de législation, dans toutes les parties de l'Empire français non occupé par l'ennemi. Elles s'exercent par voie « d'ordonnances »

---

[160] Ces termes et expressions sont empruntés à Emmanuel Cartier, qui parle de *« formalisation provisoire des normes infraconstitutionnelles »* (*La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.548 et s.) ; v. aussi, CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *art. cit.,* spéc. p.197 et s.

[161] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.550

[162] Cette formalisation n'est, par exemple, pas envisagée par le titre XV, relatif aux dispositions transitoires, de la Constitution du 4 octobre 1958. Elle est assurée *de facto*, pendant l'interrègne constitutionnel, par les sections administratives du Conseil d'Etat (*cf. infra,* n°1143 s.)

[163] Sur la définition et les enjeux de la formalisation, *cf. supra*, n°258 s.

[164] Ce que Georges Burdeau appelle la *« structure autoritaire »* de la France Libre (*cf. supra*, n°270). Effectivement, l'exercice des fonctions de l'Etat (législatives, administratives, diplomatiques etc.) y est concentré dans les mains d'autorités non élues, semblables à un pouvoir exécutif. Du 27 octobre 1940 au 24 septembre 1941, les fonctions de législation sont détenues par le « chef des Français libres » (Ordonnance n°1 du 27 octobre 1940 organisant les pouvoirs publics durant la guerre et instituant le Conseil de Défense de l'Empire (art. 3), (J.O.F.L. du 20 janvier 1941, p.3). Du 24 septembre 1941 au 3 juin 1943, elles sont détenues par le président du Comité national français (Ordonnance n°16 du 24 septembre 1941 portant organisation nouvelle des pouvoirs publics de la France Libre et créant le Comité national français (art. 3) (J.O.F.L du 14 octobre, p.1). Entre novembre 1942 et le 3 juin 1943, elles sont parallèlement – et concurremment – détenues par le général Giraud, reconnu Haut-commissaire de France en Afrique du Nord par les Alliés et, à partir du 2 février 1943, Commandant en chef français, civil et militaire. Du 3 juin 1943 au 2 novembre 1945, les fonctions de législation sont détenues collégialement, d'abord, par le Comité français de Libération nationale (CFLN) (initialement, sous la co-signature de ses deux présidents, de Gaulle et Giraud, et progressivement sous la seule signature du général de Gaulle), puis, à partir du 3 juin 1944, par le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF), sous la signature de son président, le général de Gaulle. (Ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du Comité français de la Libération nationale, et Décret du 3 juin 1943 fixant l'organisation et le fonctionnement du CFLN (art. 4), (J.O.R.F. (Alger) du 10 juin, p.1 et p.2). Quant à la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, elle renoue avec la spécialisation fonctionnelle classique.

qui ont, soit « force de lois » (initiale et inconditionnée), soit « force de décrets » (soumis à la double condition *secundum* et *infra legem*). Cette différence de puissance n'est adossée à aucun critère organique, matériel ou formel. De sorte, qu'à ce stade, rien ne distingue l'ordre juridique de la France Libre de celui du Gouvernement de Vichy. Le calcul des défauts normatifs est impossible (*cf. supra,* n°260 s.), la formalisation inexistante. Une différenciation nominale accompagne bientôt cette différence de puissance, elle-même adossée à une différence hiérarchique. L'ordonnance du 12 novembre 1940 précise, en effet, que les décisions du chef des Français libres seront arrêtées sous forme *« d'ordonnances »* lorsqu'elles auront *« force de lois »*, et sous forme de *« décrets »* lorsqu'elles auront *« forces d'actes de réglementation ou d'exécution »*[165]. Il en résulte que seule la législation primaire est matière d'ordonnances ; la législation secondaire, ou d'exécution, demeure matière de décrets. Malgré cette différenciation nominale, la formalisation demeure très faible jusqu'en septembre 1941.

b) Une différenciation procédurale

275. Progressivement, une différenciation procédurale accompagne la différenciation nominale et hiérarchique. Les ordonnances – actes de législation primaire – devront faire l'objet d'une ratification par la représentation nationale (i) et sont obligatoirement soumises à la consultation du Comité juridique (ii).

i) L'exigence de ratification

276. La création du Comité national français, le 24 septembre 1941, marque un degré supplémentaire dans le processus de formalisation des normes infraconstitutionnelles de la France Libre. Désormais, il est exigé que les « ordonnances » soient *« obligatoirement soumises – et dès que possible – à la ratification de la représentation nationale. »* (article 3 de l'ordonnance du 24 septembre 1941 précitée). La même exigence est réitérée par l'ordonnance du 21 avril 1944 précitée[166]. Cette clause de ratification rapproche les ordonnances de la France Libre des « décrets-lois » d'antan, voire des règlements de nécessité de la Première guerre mondiale (*cf. supra,* chapitre précédent). Elle suffit à les distinguer des

[165] Ordonnance n°5 du 12 novembre 1940 précisant les conditions dans lesquelles seront prises les décisions du chef des Français libres (J.O.F.L. du 10 février 1941, p.7)

[166] Laquelle définit les pouvoirs du Gouvernement provisoire par référence à la loi du 8 décembre 1939 habilitant l'Exécutif à légiférer par décrets pendant la durée des hostilités, sous réserve d'être présentés à la ratification des Chambres, dans un délai d'un mois, dès leur première réunion. (*cf. supra,* n°163, note 175)

lois formelles ; à partir de 1941, les ordonnances de la France Libre ne sont plus comparables à des manifestations de volonté inconditionnée. Leur validation – implicite – est réalisée par la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, fondatrice d'un nouvel ordre juridique formel, adoptée par référendum du 21 octobre 1945[167].

ii) La consultation obligatoire du Comité juridique

277. La formalisation s'accroît, à partir de 1943, avec l'avènement du Comité français de la Libération nationale. Désormais, l'exercice des fonctions primaires de législation – par voie d'ordonnances ou de décrets intéressant la politique générale, délibérés en CFLN (*cf. infra*, n°278) – est subordonné à la consultation obligatoire du Comité juridique, organe de conseil dont se dote la France Libre pour l'élaboration de ses textes[168]. Cette institution, dont la présidence est confiée à René Cassin, professeur de droit, est composée exclusivement de juristes[169]. Elle révèle l'importance qu'accordent les autorités provisoires à *« inscrire [leur] action dans un cadre ayant toutes les apparences formelles de la légalité* »[170]. Surtout, elle est un gage de légitimité juridique pour la législation gouvernementale élaborée par la France

---

[167] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.542 et s., spéc. p.559

[168] Le Comité juridique naît de la création de la « Commission de législation », instituée par décret du 15 décembre 1941, et chargée de préparer les *« projets d'ordonnances et de décrets dont la rédaction lui aura été confiée »* (Décret n°58 du 15 décembre 1941 portant institution d'une Commission de législation auprès du Commissariat national à la Justice et à l'Instruction publique. (Reproduit *in :* CNRS, Préface de PARODI, A., *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque,* 1799-1974, Editions du CNRS, 1974, 1012 pages, spéc. p.818) Par une ordonnance du 6 août 1943, cette Commission devient le Comité juridique dont les attributions ont été spécialement définies par référence à celles des sections administratives du Conseil d'Etat en métropole. Aux termes de l'article 2 de l'ordonnance, le Comité juridique : « *1) émet les avis consultatifs qui, aux termes des lois en vigueur au 16 juin 1940, devraient être émises soit par les sections administratives, soit par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, notamment les décrets pris en la forme de règlements d'administration publique et les décrets rendus l'une des sections du Conseil d'Etat entendu ; 2) étudie (…) la révision des textes législatifs et réglementaires appliqués dans les divers territoires relevant de l'autorité du Comité, en vue d'assurer l'uniformité de la législation et sa conformité avec les principes en vigueur le 16 juin 1940 ; 3) procède à la mise en forme juridique des projets d'ordonnances ou de décrets réglementaires qui doivent être soumis aux délibérations du Comité français de libération nationale. »* (Ordonnance du 6 août 1943 instituant un Comité juridique auprès du CFLN (J.O.R.F (Alger) du 12 août, p.64), reproduite *in : Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, op. cit.,* p.821) v. aussi l'article 3 du décret du 2 octobre 1943 portant règlement intérieur des travaux du CFLN (J.O.R.F (Alger) du 7 octobre, p.169). V. aussi la note de René Cassin qui insiste sur le caractère obligatoire de cette consultation : *« en vertu de l'ordonnance du 6 août 1943 et du décret du 2 octobre portant règlement intérieur des travaux du Comité français de la Libération Nationale tous les projets d'ordonnances et de décrets réglementaires doivent être soumis à l'avis du Comité juridique »* (Lettre adressée au Secrétaire général du CFLN, en date du 29 novembre 1945 (*sic*)), Archives du Conseil d'Etat citée par BOUVIER, L.-A., *Le Conseil d'Etat et la confection de la loi,* Thèse Paris 2, 2013, 471 pages, p.103) Sur le Comité juridique, v. ROLLAND, J.-C., *La suppléance du Conseil d'Etat auprès de la France Libre (1940-1945),* Thèse de doctorat : droit public, Université de Lille, 2019, 635 pages

[169] Elle est initialement composée de cinq membres : René Cassin, professeur de droit ; Pierre Tissier, membre du Conseil d'Etat ; René Rodière, professeur de droit ; le batônnier Groslière des avocats du barreau d'Alger ; Paul Coste-Floret, professeur de droit.

[170] CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *art. cit.,* spéc. p.197

Libre. Depuis 1848, en effet, le Conseil d'Etat n'est plus obligatoirement associé à l'exercice des fonctions primaires de législation[171]. Avant 1940, sa consultation sur les projets de décrets-lois n'est nullement imposée par les lois d'habilitation (à l'exception de la loi du 22 mars 1924, jamais appliquée). L'avis obligatoire du Comité juridique sur les projets d'actes législatifs primaires (ordonnances et décrets délibérés en CFLN) est donc un acquis de la France Libre. Appelée de ses vœux dans les années 1930[172], cette réforme n'avait jamais pu être réalisée par la République parlementaire. Elle offrait pourtant de sérieuses garanties procédurales, de cohérence et de technicité, face au « fouillis » (R. Bonnard), caractéristique de la législation gouvernementale de l'entre-deux-guerres (*cf. supra,* n°198 s.). A la Libération, elle est consacrée dans l'ordonnance du 31 juillet 1945 (*cf. infra,* n°381 s.). Sous la IVe République, elle permettra d'associer le Conseil d'Etat à l'élaboration, non seulement de toutes les lois d'habilitation, mais de tous les décrets-lois édictés sur leur fondement. La consultation obligatoire du Comité juridique participe donc du processus de formalisation et à légitimation juridique de l'exercice du pouvoir réglementaire.

c) Une différenciation matérielle

278. Une différenciation matérielle est progressivement adossée à la différenciation nominale, procédurale et hiérarchique des actes infraconstitutionnels de la France Libre. Le décret précité du 2 octobre 1943 détermine le champ d'application des ordonnances par référence aux *« matières qui avant le 16 juin 1940 ont fait ou avaient fait l'objet d'une loi ou d'un acte ayant la valeur d'une loi »* (article 8). Cette disposition autorise à penser que les autres matières sont laissées à la régulation spontanée de décrets « autonomes » des présidents du CFLN. Nombreux sont effectivement les décrets règlementaires du CFLN n'appliquant aucune ordonnance antérieure. Ils seraient donc de véritables « décrets règlementaires

[171] v., BOUVIER, L.-A., *op. cit.*

[172] Dans les années 1930, le Conseil d'Etat apparaît *naturellement* comme l'organe qui – par sa composition et ses méthodes de travail – est susceptible d'apporter un efficace concours à l'élaboration des décrets-lois ; en effet, seul un triple examen, selon la typologie proposée par Laure-Alice Bouvier, de la qualité intrinsèque (la légistique), de la qualité extrinsèque (l'opportunité administrative) et de la légalité des mesures envisagées permettra de répondre aux exigences de technicité et de coordination qu'appelle la législation gouvernementale. (BOUVIER, L.-A., *op. cit.,* p.303 et s.) Dans cette optique, dès 1936, le *Comité technique pour la réforme de l'Etat,* présidé par Jacques Bardoux, propose de renforcer le rôle consultatif du Conseil d'Etat. A la fin des années 1930, René de Lacharrière, Roger Bonnard et Dragos Rusu proposent de rendre sa consultation *obligatoire* sur les projets de décrets-lois. Elle figure encore dans le projet du Comité général d'études et on la retrouve, sans surprise, sous la plume de Michel Debré. A la Libération, elle est encore avancée par Pierre-Henri Simon.

autonomes » du CFLN[173]. Cette hypothèse semble confirmée par la distinction établie, par le même texte, entre les « décrets intéressant la politique générale », délibérés en CFLN et soumis à la consultation obligatoire du Comité juridique, et les « décrets simples », véritablement exécutifs. En définitive, l'ordre juridique de la France Libre distingue progressivement les fonctions primaires et secondaires de législation sur le fondement de considérations matérielles, lesquelles entraînent des différenciations nominales, procédurales et hiérarchiques.

d) Une différenciation quasi organique

279. Le point d'orgue de cette évolution est le rétablissement d'une différenciation quasi organique entre les divers actes infraconstitutionnels édictés par la France Libre. A la différence du régime de Vichy, qui ne cherche pas sérieusement à rétablir le principe représentatif (*cf. supra*, n°240), les autorités provisoires de la France Libre prévoient – dès le 24 septembre 1941 [174] – la création d'une Assemblée consultative provisoire. Créée effectivement par l'ordonnance du 17 septembre 1943[175], elle comprend principalement des représentants des forces de la résistance métropolitaine et extra-métropolitaine. Elle siège initialement à Alger. Sa composition est élargie en octobre 1944, après la Libération du territoire national et la réinstallation des pouvoirs publics à Paris[176]. Au 22 juin 1945, elle comprend 296 membres[177]. Bien qu'elle ne soit pas élue, l'Assemblée consultative provisoire

[173] v., par exemple, le décret du 16 décembre 1943 portant organisation du haut commandement (J.O.R.F (Alger), du 13 janvier 1944, p.45). Ce décret est rendu au seul visa de l'ordonnance du 3 juin 1943 portant institution du CFLN. On peut donc l'assimiler à un décret rendu au visa de la « constitution ». Sur le fond, on peine effectivement à percevoir de quelle disposition de l'ordonnance du 3 juin, le décret du 16 décembre assure l'application. Il s'agit, en vérité, d'un véritable « décret réglementaire autonome » du CFLN. On trouve aussi des règlements autonomes d'organisation et de fonctionnement des services publics (v. par exemple, décret du 24 juillet 1944 portant fixation des taux et modalités d'attribution des indemnités pour frais de mission accordées au personnel des services centraux du GPRF, (J.O.R.F (Alger) du 12 août 1944, p.710)) ou des règlements autonomes de police (Décret du 13 octobre 1943 tendant à compléter l'article 5 du décret du 19 février 1927 réglementant la police des boissons en AOF, (J.O.R.F (Alger) du 16 octobre 1943, p.204)), voire des règlements autonomes fixant des catégories d'infraction et déterminant des peines contraventionnelles (Décret du 2 décembre 1943 relatif à la répression des infractions aux règlements de police visant la fourniture de boissons alcooliques, de vin et de bière aux militaires des armées alliées en Nouvelle Calédonie (J.O.R.F (Alger) du 11 décembre 1943, p.327)

[174] Ordonnance du 24 septembre 1941, précitée, créant le Comité national français (art. 9)

[175] Ordonnance du 17 septembre 1943 portant constitution d'une Assemblée consultative provisoire (J.O.R.F (Alger) du 23 septembre, p.140

[176] Ordonnance du 11 octobre 1944 modifiant la composition, le fonctionnement et les attributions de l'Assemblée consultative provisoire instituée par l'ordonnance du 17 septembre 1943 (J.O.R.F. du 12 octobre, p.916)

[177] v. LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.880

exerce une *« fonction démocratique »* [178] et délibère sur le modèle des assemblées parlementaires [179]. Elle marque la volonté de la France Libre de renouer avec le fonctionnement de la République parlementaire. Son existence n'est pas sans conséquence sur l'exercice des fonctions de législation par le CFLN et le GPRF. A proprement parler, elle ne détient que des attributions *consultatives*[180]. Ses avis ne s'imposent pas juridiquement au Gouvernement, mais doivent être obligatoirement recueillis sur le projet de budget général, et *« préalablement à l'adoption de toute législation touchant au statut des libertés individuelles, à l'organisation des pouvoirs publics et à la structure économique et sociale du pays »*[181]. Il s'agit là d'une véritable « réserve consultative », dont le champ matériel se confond avec celui traditionnellement réservé à la loi parlementaire (*cf. infra,* n°922 s.). Certes, la délibération obligatoire de l'Assemblée consultative provisoire demeure, en droit, une formalité simplement procédurale. *De facto* néanmoins, elle aboutit à opérer une différenciation presque organique dans l'exercice des fonctions de législation par la France Libre. Les ordonnances les plus importantes sont soumises à une délibération quasi parlementaire, laquelle s'impose politiquement au Gouvernement. La France Libre renoue ainsi avec la pratique du gouvernement parlementaire et la spécialisation fonctionnelle[182]. Les autorités provisoires sont donc convaincues – comme Léon Gambetta en 1881 – que *« la forme emporte et résout le fond »* [183]. Ainsi, légitimité substantielle et légitimité formelle se rejoignent. L'Assemblée consultative provisoire en constitue l'instrument. La France Libre s'inscrit incontestablement dans l'héritage, non seulement de « l'Etat légal »[184], mais de la République parlementaire.

---

[178] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* 432 et s.

[179] v. LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.879 et s. ; BURDEAU, G., *Droit constitutionnel,* 5ème éd. *op. cit.,* p.212 et s.

[180] Elle émet des « avis » sur les questions dont elle est saisie (Ordonnance du 17 septembre 1943 (art. 17) ; ordonnance du 11 octobre 1944 (art. 144))

[181] Décret du 29 avril 1944 relatif aux avis formulés par l'Assemblée consultative provisoire en matière législative (J.O.R.F. (Alger) du 29 avril, p.343)

[182] L'hypothèse est confirmée par l'ordonnance du 21 avril 1944 relative à l'organisation des pouvoirs publics après la Libération. Cette ordonnance n'a jamais reçu application. Elle prévoyait néanmoins que l'Assemblée consultative provisoire se transformât progressivement en Assemblée représentative provisoire, élue par les départements après leur libération. L'article 25 prévoyait que le GPRF remettrait ses pouvoirs à l'Assemblée, qui élirait et investirait un nouveau GPRF en lui octroyant, par un vote de confiance, les pleins-pouvoirs législatifs définis par la loi d'habilitation du 8 décembre 1939 (*cf. supra,* n°163, note 175) (J.O.R.F. (Alger) du 22 avril 1944, p.325) Ce système eût conduit à consacrer, dès la Libération, la pratique du « contrat d'investiture » popularisée, en 1954, par Pierre Mendes-France. Il renouait avec la spécialisation fonctionnelle classique.

[183] Cité par NICOLET, C., *Le radicalisme,* 2e éd., Paris : PUF, 1961, 127 pages

[184] CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *art. cit.,* p.213

280. Conclusion. L'héritage de la Seconde guerre mondiale est conflictuel dans l'histoire du pouvoir réglementaire. Avec Vichy, la législation gouvernementale redevient l'instrument du coup d'Etat, du césarisme et de la restauration. Avec la France Libre, elle incarne au contraire la légitimité républicaine, et s'érige – pour la première fois – en instrument de la victoire de la République. Reste à déterminer le poids respectif de ces deux héritages à la Libération. A moyen terme, l'héritage de la France Libre contribue certainement à la valorisation des fonctions de législation gouvernementale, en témoigneront les débats sur le projet d'article 16 de la future Constitution, en 1958 (*cf. infra,* n°1057 s.). A court terme, cependant, l'héritage de Vichy est le plus puissant. En rejetant Vichy, les hommes de la Libération refoulent le pouvoir réglementaire au rang des « hantises » républicaines (C. Nicolet). Pour refonder la République, ils mobilisent au contraire le mythe de la Révolution française et de la souveraineté parlementaire.

§2. Refonder la République par la loi

281. A l'héritage conflictuel conjoncturel de la période 1940-1945 se superpose un héritage conflictuel structurel. Leur enchevêtrement explique le refoulement du pouvoir réglementaire à la Libération. En effet, pour refonder la République parlementaire, les hommes de 1945-1946 mobilisent le mythe de la Révolution française, dont les fondements idéologiques constituent le socle de l'idée républicaine depuis le début du XIXe siècle (*cf. supra,* n°37 s.)[185]. Or cette *« mythologie révolutionnaire »* (C. Nicolet) – l'idéal des principes de 1789 – idolâtre la souveraineté parlementaire autant qu'elle exècre le pouvoir réglementaire. Au conflit conjoncturel entre Vichy et la France Libre, se superpose donc bientôt un conflit structurel entre deux « traditions constitutionnelles »[186]. Refonder la

[185] Et les références citées aux travaux de Claude Nicolet, Serge Berstein et Odile Rudelle.

[186] Ces « traditions constitutionnelles » sont des doctrines philosophiques, des *« systèmes de valeurs »* (G. Lavau) qui renvoient aux *« conceptions de l'autorité légitime »* à gouverner (LAVAU, G., *Sociologie de la vie politique française, op. cit.,* p.93 et s.) Elles correspondent à des modèles de gouvernement. Albert Mabileau, suivant en cela Georges Lavau, en identifie deux : « la tradition républicaine » (c'est-à-dire *« le modèle ultra-représentatif (...) – la « République des députés » selon la formule de Roger Priouret – [dans lequel] la représentation nationale est la seule autorité originelle qui exprime la souveraineté nationale (...) »*) et « la tradition plébiscitaire » (*« qui repose sur la confiance du peuple dans un homme et exprime une conception de gouvernement fondée sur l'ordre et l'autorité. (...) [L]a légitimité s'inscrit [alors] sur la personne d'un chef national qui représente « la nation dans ses profondeurs » ; l'intérêt national est valorisé, qui se place au-dessus des intérêts particuliers défendus par les parlementaires ; les « grandes affaires » sont soustraites à la politique. »* (MABILEAU, A., « Sur les idéologies et la politique en France. Une approche culturelle », *in : Itinéraires : études en l'honneur de Léon Hamon,* Paris : Economica, 1982, 685 pages, p.465-476, spéc. p.469) Marcel Morabito en identifie trois : la « tradition révolutionnaire » (comparable à la « tradition républicaine »), la « tradition césarienne » (comparable à la « tradition plébiscitaire »), et la « tradition parlementaire » qui repose sur un équilibre entre les organes. (MORABITO, M., *op. cit.,* p.19-21) ; v. encore BUJADOUX, J.-F., (de),

République conduit à rejeter la tradition césarienne et plébiscitaire (A) et, parallèlement, à réceptionner la tradition révolutionnaire ou conventionnelle (B). Écartelé entre ces héritages conflictuels, le pouvoir réglementaire est refoulé à la Libération.

A- LE REJET DE LA TRADITION CESARIENNE

282. Refonder la République suppose de rejeter Vichy, qui incarne – aux yeux des hommes de la Libération – le modèle de gouvernement césarien, anti-démocratique et anti-républicain (*cf. supra*, n°262 s.). Or, le rejet de Vichy emporte, par une même vague, le rejet des décrets-lois et des acquis du réformisme des années 1930 (1) ainsi que le rejet de l'expérience gaullienne du pouvoir (2). La structure de l'idée républicaine, hostile au pouvoir personnel, est donc plus forte que la conjoncture favorable, depuis une décennie, au renforcement de l'Exécutif[187].

1) L'hostilité aux décrets-lois : le rejet des acquis du réformisme des années 1930

283. A la Libération, les décrets-lois redeviennent un problème politique[188]. Ils apparaissaient pourtant, au milieu des années 1930, comme *« l'aboutissement logique et nécessaire du régime parlementaire »* (R. Capitant), et s'imposaient comme un enjeu du réformisme constitutionnel (*cf. supra,* n°203 s.). Si les décrets-lois sont bannis des nouvelles pratiques gouvernementales (b), c'est parce qu'on les tient pour responsables de la dégénérescence de la République, sinon de l'avènement de Vichy (a).

a) Les décrets-lois, dégénérescence de la République parlementaire

284. A la Libération, le regard porté sur les décrets-lois est extrêmement sévère, et absolument à rebours des conceptions réformistes des années 1930. René Capitant incarne, à lui seul, ce revirement intellectuel. Alors qu'en 1934, il considérait les décrets-lois comme *« l'aboutissement logique et nécessaire du régime parlementaire »*[189] et militait pour leur généralisation, il y voit, en 1948, *« un signe et une cause de la décadence de la IIIe*

« Aux sources de la pensée constitutionnelle du général de Gaulle », *Espoir : Revue de la Fondation Charles de Gaulle,* « Les racines de la constitution de la Ve République », n°186, printemps 2017, p.15-33.

[187] En ce sens, v. BERSTEIN, S., « La IVe République : république nouvelle ou restauration du modèle de la IIIe République ? », *art. cit.,*

[188] v. FARGEAUD, B., *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République : naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes,* Thèse, Université de Paris 2, 21 novembre 2018, 712 pages, spéc. p.252 et s.

[189] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.334

République. » [190] Aux lendemains de la Seconde guerre mondiale, les décrets-lois n'apparaissent plus comme une réponse à la crise du parlementarisme, mais font figure de *« dénaturation du régime politique »*[191] (G. Burdeau). Les années 1930 sont donc perçues rétrospectivement comme le *« bas Empire de la République »*[192]. André Philip les qualifie même de période des plus *« honteuses de l'histoire législative française. »*[193] Comment expliquer ce renversement de perspective, et le rejet des acquis du réformisme antérieur ?

285. En dépit du discours officiel entretenu par la France Libre, le régime de Vichy n'est pas qu'une parenthèse qu'il suffirait de refermer pour renouer avec la situation antérieure à 1940. Le double rejet de Vichy et des acquis du réformisme des années 1930 – des décrets-lois en particulier – s'explique par les filiations qu'entretiennent les deux périodes[194]. Cette paternité est très tôt perçue. A la Libération, les lois de « pleins-pouvoirs » et les décrets-lois deviennent le symbole d'une continuité entre Vichy et la République, voire passent pour responsables de l'avènement du régime de Vichy. Ils font figure de courroie de transmission entre le réformisme des années 1930 et la « Révolution nationale » de 1940. *« Il y a un lien entre les deux périodes, comme entre les hommes régimes »*[195] reconnaît René Capitant en 1948. On peut effectivement identifier quatre filiations, incarnées par les décrets-lois, entre la République parlementaire et Vichy. Premièrement, une filiation humaine que symbolise, à lui seul, Pierre Laval, dont les décrets-lois de 1935 étaient restés célèbres (*cf. supra*, n°182 s., n°198 s.)[196]. Deuxièmement, une filiation pratique dans l'emploi des pleins-pouvoirs. Le

---

[190] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5566 – 1ère séance du 9 août 1948

[191] BURDEAU, G., *Traité de science politique. T.III, Le statut du pouvoir dans l'Etat,* Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, 620 pages, spéc. p.197. Là encore, les propos peuvent surprendre de la part de Georges Burdeau qui, dès 1939, appelait à une révision des fonctions juridiques de l'Etat. (*cf. supra,* n°236)

[192] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5566 – 1ère séance du 9 août 1948. Ces propos peuvent sembler contradictoires de la part de celui qui, en 1934, plaidait pour la généralisation des décrets-lois (*cf. supra,* n°203 s.). En réalité, René Capitant défend, avant-guerre, une réforme globale du système parlementaire, inspiré du modèle anglais et du gouvernement de législature, dans lequel les décrets-lois s'analysent comme un acte de confiance, et non d'abdication ; le contexte politique et institutionnel d'août 1948 (pleine période de « Troisième Force ») ne permet évidemment pas de garantir au Parlement de garder ainsi la main. Par ailleurs, Capitant s'exprime en 1948, non en tant que partisan d'une *lex ferenda*, mais en tant que défenseur de la *lex lata,* soucieux du respect du texte constitutionnel ; son intervention tend à démontrer l'incompatibilité du projet gouvernemental avec l'article 13 de la Constitution. Enfin, et surtout, Capitant a été marqué – comme les hommes de sa génération – par le traumatisme de la loi du 10 juillet 1940 (qu'il qualifie de *« terrible loi »* (*cf. supra*, n°251)).

[193] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n° 103, séance du 28 septembre 1946, page 4230

[194] Sur les éléments de paternité entre la troisième République et Vichy, v. NOIRIEL, G., *Les origines républicaines de Vichy,* Paris : Hachette Littératures, 1999, 335 pages ; v. plus récemment, BITTMANN, B., *L'esprit de la loi et le régime de Vichy : ruptures et continuités juridiques d'une République à l'autre, op. cit.,* spéc. « Le prolongement des oppositions et des mutations passées », p. 205 et s.

[195] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5567 – 1ère séance du 9 août 1948

[196] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n° 9, page 209 et s. – séance du 5 février 1946. Les députés font référence, à plusieurs reprises, aux lois de pleins-pouvoirs d'avant-guerre et à la confiance accordée en 1935 à Pierre Laval pour les exercer (v. les propos d'André Noël, (p.213) et de Maurice Lacroix (p.220)).

« fouillis législatif » d'avant-guerre (selon l'expression de Roger Bonnard) fait bientôt écho au « désordre » de la législation gouvernementale de Vichy (*cf. supra,* n°260)[197]. On dénonce l'égale médiocrité de rédaction des actes de Vichy et des décrets-lois d'avant-guerre, ainsi que la remise des fonctions de législation aux mains d'une « bureaucratie » opaque et irresponsable. En témoignent encore les propos de René Capitant en 1948 :

> « En renonçant à légiférer lui-même (…), à qui le Parlement laissait-il ce soin ? Au Gouvernement en apparence, mais, en réalité, aux bureaux, à la bureaucratie, à la technocratie, à cette même technocratie qui a triomphé au lendemain de 1940 et qui a puisé ses ministres, en si grand nombre, parmi les grands directeurs de l'époque des décrets-lois. »[198]

Troisièmement, la législation gouvernementale est l'expression d'une filiation juridique entre la République parlementaire et Vichy : la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 ne se distingue pas des lois d'habilitation antérieures, et réalise comme elles, une simple extension de la compétence réglementaire de l'Exécutif ; il existe donc une continuité formelle entre les deux ordres constitutionnels, dont la loi du 10 juillet 1940 est la courroie de transmission (*cf. supra,* n°251). Quatrièmement, enfin, les lois de pleins-pouvoirs sont révélatrices d'une filiation politique entre la République et Vichy. A la Libération, on ne les considère plus comme une manifestation de confiance de la majorité parlementaire envers l'Exécutif, mais comme un une abdication du Parlement – une *« dépossession »*[199] (G. Burdeau) – révélatrice d'un renoncement progressif à la souveraineté parlementaire, dont le point d'orgue serait la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940.

286. Cette filiation entre la République parlementaire et Vichy, dont les décrets-lois seraient la courroie de transmission, est très tôt perçue. Ils deviennent non seulement le symbole de la dégénérescence de la République, mais sont rendus responsables de l'avènement de Vichy. *« Ce qui a torpillé la République, ce sont les décrets-lois »*[200] déclare Pierre Cot devant l'Assemblée consultative provisoire d'Alger le 27 janvier 1944. Jacques

---

[197] v. encore les propos d'André Philip : *« la période des décrets-lois* [d'avant-guerre] *a été aussi celle de toute l'histoire parlementaire française durant laquelle on a légiféré avec le plus de désordre. »* (J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n° 103 – séance du 28 septembre 1946, page 4230)

[198] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5567 – 1ère séance du 9 août 1948. Ce « pouvoir des bureaux » est dénoncé dès le milieu des années 1930 (v., HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *art. cit.,* p.261 et s. ; CAPITANT, R., « La crise et la réforme du parlementarisme en France. Chronique constitutionnelle française (1931-1936) », *art. cit.,* p.364 et s., POISOT, M., *op. cit.,* p.105 et s.) v. encore, les propos de Roland Maspétiol en 1949 : *« On a pu dire plaisamment, mais avec assez de vérité, que les décrets-lois étaient une législation de chefs de bureau. Politiquement et psychologiquement, ils ont eu la responsabilité de préparer l'opinion à l'acceptation de la législation également bureaucratique de l'autorité de fait de Vichy. »* (MASPETIOL, R., « Le problème de la loi et ses développements récents en droit public français », *EDCE,* 1949, p.50-63, spéc. p.59)

[199] BURDEAU, G., *Traité de science politique, op. cit.,* t.3, 1ère éd., p.189

[200] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger, p.10 –séance du 22 janvier 1944

Duclos considère, le 2 mars 1945, devant la même assemblée que : *« la politique des décrets-lois, en réduisant à presque rien la responsabilité des élus de la nation, préparait pratiquement la honteuse dictature de Vichy »*[201]. La filiation est, mieux encore, mise en évidence encore par Georges Cogniot, résistant communiste, le 28 juillet 1945 :

> « [Il] n'y a pas eu de rupture véritable entre l'Assemblée, dite nationale, de Vichy et la pratique gouvernementale d'avant la guerre.
>
> Le 10 et le 11 juillet 1940, le Parlement a simplement délégué son pouvoir de faire des lois constitutionnelles, comme auparavant, il déléguait son pouvoir législatif.
>
> Les parlementaires étaient tellement habitués à déléguer leurs pouvoirs qu'ils ont trouvé normale cette abdication en faveur de Pétain et de Laval ; ils ont ainsi estimé continuer la pratique commode des décrets-lois, où un pouvoir exécutif débile avait vu la seule riposte plausible à ces désastres diplomatiques que furent la capitulation de Munich et l'invasion de la Tchécoslovaquie. (Très bien ! très bien !)
>
> Car le régime des décrets-lois permettait d'esquiver les responsabilités. Grâce à lui, les parlementaires se déchargeaient sur le Gouvernement ; le Gouvernement, à son tour, se déchargeait sur le Parlement, en l'accusant ou en le laissant accuser de lenteur et d'incapacité, de paresse et de facilité. »[202]

287. Ainsi, à la Libération, les décrets-lois sont perçus comme un indice de *« l'usure de la République »*[203] (R. Lecourt), et passent pour l'une *« des causes de notre défaite nationale et de la chute des institutions républicaines »*[204] (R. Capitant). En 1945-1946, rejeter Vichy implique donc de rejeter les décrets-lois. Pour refonder la République, il ne suffit pas de refermer la parenthèse ouverte en 1940 ; il faut aussi rejeter les pratiques gouvernementales antérieures, perçues comme responsables de l'avènement de la « Révolution nationale ». Le réformisme constitutionnel des années 1930, et les décrets-lois, sont donc sacrifiés sur l'autel de la République. « Rénover la République » – selon les mots de Cassin – implique donc de rompre avec les lois constitutionnelles de 1875 et les pratiques de l'entre-deux-guerres[205]. A

---

[201] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger, p.274 – séance du 2 mars 1945

[202] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger, p.1572 – 1ère séance du 28 juillet 1945 ; v. encore, DENAIS, J., « Révision ou Constituante ? », *Revue politique et parlementaire,* 10 juin 1945, p.22-30, spéc. p.23. En 1948, René Capitant tient les mêmes propos : *« [L']Assemblée nationale n'aurait jamais accepté ni l'armistice ni les pleins pouvoirs si elle n'avait pas pris l'habitude d'abdiquer, si elle ne s'était pas habituée à laisser régler en dehors d'elle les grandes questions nationales, si elle n'avait ainsi perdu les réflexes d'une assemblée souveraine. »* (J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5568 – 1ère séance du 9 août 1948)

[203] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger, p.1578 – 2ème séance du 28 juillet 1945

[204] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5568 – 1ère séance du 9 août 1948

[205] Tout eût été plus simple si Vichy fût issu d'une initiative personnelle. Les propos de René Cassin, le 18 mars 1944, en témoignent : *« L'Assemblée nationale de Vichy, en abdiquant ses pouvoirs entre les mains d'un seul homme, a brisé la machine. Si Pétain avait seul son coup d'Etat, je serais à vos côtés pour demander le maintien de la Constitution de 1875. Mais hélas ! il l'a détruite, cette Constitution, en abusant du pouvoir illégal que l'Assemblée nationale lui avait donné. Quand l'organe constitutionnel qui pouvait modifier la Constitution*

la Libération, les décrets-lois sont donc honnis. Ils font de nouveau figure de « hantise » républicaine, et bannis des nouvelles méthodes de gouvernement.

b) Bannir les décrets-lois des méthodes gouvernementales

288. A la Libération, refonder la République, implique donc de bannir les décrets-lois des méthodes gouvernementales, pour renouer avec les principes de 1789 et l'idéal de la souveraineté parlementaire. Deux épisodes sont révélateurs de cette nouvelle philosophie politique, bientôt constitutionnalisée : la discussion par l'Assemblée consultative provisoire du projet de loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 relatif à l'organisation provisoire des pouvoirs publics (i) et l'arrivée au pouvoir de Félix Gouin en janvier 1946 (ii).

i) Bannir les décrets-lois du projet de loi constitutionnelle portant organisation provisoire des pouvoirs publics

289. A l'été 1945, le territoire national est libéré. L'heure est à la réflexion constitutionnelle. Le 17 juillet, le Gouvernement provisoire soumet à l'avis de l'Assemblée consultative provisoire un projet d'ordonnance relatif à l'élection d'une Assemblée constituante, auquel est adossé un projet de loi constitutionnelle relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics[206]. Le projet d'ordonnance – qui deviendra l'ordonnance du 17 août 1945[207] – envisage la tenue d'un référendum, fixé en octobre 1945, sur les questions de savoir si la nouvelle Assemblée élue au suffrage universel devra être constituante, et si, dans l'affirmative, les pouvoirs publics devront être organisés conformément au projet de loi constitutionnelle – qui deviendra loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 – qui lui est adossé. Tant le projet de loi constitutionnelle, que le projet d'ordonnance, du GPRF font l'objet d'une vigoureuse opposition devant l'Assemblée consultative provisoire[208]. Celle-ci rejette principalement l'idée du recours au référendum (dont on craint les accents plébiscitaires), mais aussi l'hypothèse d'une limitation des fonctions de législation de la future Assemblée constituante. Là réside l'intérêt de l'étude. A rebours des conceptions

---

abdique son pouvoir entre les mains d'un seul homme, personne ne peut plus faire croire que les mots « Assemblée nationale » égalent « République ». » (J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire d'Alger, p.28 – séance du 18 mars 1944)

[206] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée consultative provisoire, 2e session extraordinaire, séance du 17 juillet 1945, annexe n°526, p.680 : « Demande d'avis sur un projet d'ordonnance et un projet de loi relatifs à l'élection d'une Assemblée constituante et à l'organisation provisoire des pouvoirs publics ».

[207] Ordonnance n°45-1836 du 17 août 1945 instituant une consultation du peuple français par voie de référendum et fixant le terme des pouvoirs de l'Assemblée consultative provisoire.

[208] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.488 et s.

traditionnelles[209], en effet, le GPRF entend soustraire le pouvoir législatif ordinaire à la future Assemblée constituante. Le projet de loi constitutionnelle est ainsi conçu :

> « Article 2 – L'Assemblée établira la constitution nouvelle.
>
> Elle approuvera ou rejettera les projets de loi qui lui seront soumis par le Gouvernement ou proposera des amendements à ces projets. Elle sera obligatoirement saisie des projets de loi autorisant la ratification des traités ou modifiant la structure économique ou sociale du pays. Elle votera le budget. Elle n'aura pas l'initiative des dépenses. »[210]

Ce projet revenait à ôter à l'Assemblée nationale les fonctions de législation ordinaire. Sa tâche eût été exclusivement consacrée à l'élaboration de la nouvelle constitution. Sauf à solliciter de lui-même l'approbation de l'Assemblée nationale, le Gouvernement eût exercé seul, et *proprio motu,* les fonctions de législation. Seuls quelques projets eussent dû recueillir le consentement obligatoire de l'Assemblée (ratification des traités, ou modification de la structure économique et sociale du pays). En un mot, c'était consacrer au niveau formellement constitutionnel l'existence d'une législation gouvernementale primaire, en toutes matières, pour la période transitoire[211].

290. Sans surprise, le rejet d'un tel dispositif est unanime. Soumis à la commission de la réforme de l'Etat et de la législation de l'Assemblée consultative, le texte du GPRF fait d'emblée figure de projet *« d'essence bonapartiste »*[212]. On craint qu'il n'implique *« des pouvoirs arbitraires et sans contrôle, confiés pour une période de sept mois, au profit du Gouvernement. »*[213] La commission entend, au contraire, renouer avec le principe de la souveraineté législative de la future Assemblée constituante et la subordination des fonctions de législation gouvernementale[214]. En séance plénière des 27, 28 et 29 juillet 1945, les critiques sont aussi virulentes. On dénonce l'illogisme et la contradiction : *« Comment une*

---

[209] v., LE PILLOUER, A., *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant,* Thèse, Paris : Dalloz, février 2005, 390 pages, spéc. p.89 et s.

[210] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée consultative provisoire, 2e session extraordinaire, séance du 17 juillet 1945, annexe n°526, p.680

[211] De Gaulle s'en explique de la façon suivante : *« il s'agit, (...) de proposer au pays qu'en déterminant la durée du mandat de l'Assemblée et en fixant son œuvre législative sur les lois essentielles : budget, traités, réformes de structure, de concentrer son labeur sur son principal objet qui sera bien évidemment, d'établir la Constitution. »* (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 66, page 1614 – 2e séance du 29 juillet 1945)

[212] v. le rapport de Marcel Plaisant, J.O.R.F., Documents de l'Assemblée consultative provisoire, 3e session extraordinaire, séance du 24 juillet 1945, annexe n°548, p.719, spéc. p.720

[213] *ibid.*

[214] *« [I]l est surtout apparu à la grande majorité de la commission qu'elle n'avait pas qualité pour fixer par avance des limites aux pouvoirs de la Constituante. Il est hors de la compétence de cette Assemblée consultative, et même d'une Assemblée élective véritable qui serait à la veille de son expiration, de prétendre imposer des règles à ceux qui seront demain les représentants du souverain. (...) »* (*ibid.,* p.721)

telle assemblée, chargée de faire la loi fondamentale, la Constitution, serait-elle impuissante, ainsi qu'on nous le suggère, à faire des lois ordinaires comme des lois sur l'armée, sur l'enseignement ou sur la voirie ? Qui ne voit la contradiction ? »[215] (G. Cogniot). Surtout, on crie à la *« dictature »*[216]. On agite le spectre du césarisme ; *« Est-ce cela, que sera la IVe République ? Ne serait-ce pas plutôt le troisième Empire ? »*[217] (L. Bonnevay). On brandit l'épouvantail bonapartiste[218]. Bref, c'est « l'idée républicaine » qui s'exprime, en juillet 1945, contre le général de Gaulle, comme elle s'était jadis exprimée, en 1916, contre Aristide Briand ou, en 1924, contre Raymond Poincaré (*cf. supra*, n°158 s., n°178 s.). Paul Bastid en est, cette fois, le porte-parole :

> « Il y a un précédent fâcheux à cette constitution plébiscitaire [nota : celle proposée par le GPRF] (…) Ce précédent, c'est la fameuse consultation de décembre 1851 sur les cinq bases, c'est le premier plébiscite de Louis-Napoléon Bonaparte.
>
> Ainsi, le Gouvernement, après avoir divisé ses adversaires et pratiqué vis-à-vis d'eux la politique d'Horace à l'égard des Curiaces (…) impose en réalité à la nation une forme particulière de gouvernement, limitée dans le temps, mais sur laquelle je veux m'expliquer maintenant.
>
> Cette forme de gouvernement est une espèce de dictature, ou si vous préférez une expression qui est peut-être psychologiquement plus exacte, c'est le gouvernement personnel. »[219]

291. En définitive, refonder la République implique de renouer avec la souveraineté législative de l'Assemblée nationale : *« tant qu'on n'aura pas admis que la Constituante a la plénitude du pouvoir législatif, on n'aura pas une véritable République. »*[220] (R. Salmon). Le projet de loi constitutionnelle du GPRF est rejeté à 210 voix contre 9 par l'Assemblée

---

[215] Il ajoute : *« Un journaliste a demandé si un promeneur, autorisé à faire le tour du monde, n'aurait pas le droit de faire le tour de son jardin. »* (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 65, page 1571 – 1ère séance du 28 juillet 1945), v. encore les propos de Gaston Deferre : *« Il est contraire à la logique, et tout le monde l'admettra, que ceux qui sont chargés de faire la constitution, c'est-à-dire la loi des lois, soient considérés comme incapables de faire la loi ordinaire. »* (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1589 – 2ème séance du 28 juillet 1945), ou ceux d'André Hauriou : *« Je tiens à marquer également que ce serait, à mon sens, une erreur politique que de donner seulement des pouvoirs consultatifs à l'Assemblée constituante, en ce qui concerne la confection des lois »* (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 65, page 1566 – 1ère séance du 28 juillet 1945)

[216] J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1557 – 2ème séance du 27 juillet 1945 ; J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1562 – 2ème séance du 27 juillet 1945

[217] J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1557 – 2ème séance du 27 juillet 1945

[218] v., les propos de Paul Bastid (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1562-1563 – 2ème séance du 27 juillet 1945), v. encore les propos de Moïse Robert-Pimienta (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n°64, page 1575 – 1ère séance du 28 juillet 1945)

[219] J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1562 – 2ème séance du 27 juillet 1945

[220] J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 65, page 1597 – 2ème séance du 28 juillet 1945

consultative. Cet avis conduira de Gaulle à amender (partiellement)[221] son texte en rendant à la future Assemblée élue l'ensemble des fonctions de législation[222].

ii) Le refus du second Gouvernement provisoire de recourir aux décrets-lois

292. L'entrée en vigueur de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 marque l'avènement du « second » [223] Gouvernement provisoire et le retour de la séparation organique. L'Assemblée nationale constituante dispose du monopole des fonctions primaires de législation. Le texte constitutionnel est silencieux sur les pouvoirs du Gouvernement.

293. La note Cassin-Andrieux. Cette situation conduit rapidement René Cassin, vice-président du Conseil d'Etat, et André Andrieux, président de la Commission permanente du Conseil d'Etat, à attirer l'attention du Gouvernement sur l'intérêt qu'il y aurait à rationaliser l'exercice des fonctions primaires de législation, au cours de la période transitoire, pour alléger la tâche de l'Assemblée nationale constituante, et lui permettre d'élaborer – dans les meilleurs délais – la nouvelle constitution. Une note du 31 octobre 1945 est adressée, en ce sens, au Président du GPRF. On y lit :

> « Vu l'importance extraordinaire de la mission constituante de l'Assemblée et la nécessité de lui exercer le principal de ses activités législatives dans le domaine du budget, des réformes de structures et du contrôle de l'administration, on peut envisager un système qui (…) pourrait alléger la tâche de celle-ci et déléguer au gouvernement certaines attributions dépassant le pouvoir réglementaire normal. »[224]

La note propose, en réalité, de revenir *de facto* au système du projet d'ordonnance du 17 juillet 1945, confiant à l'Exécutif les plus larges pouvoirs de réglementation. René Cassin et André Andrieux envisagent de faire voter par l'Assemblée nationale une loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à réguler par décrets une série de matières, déterminées par référence à la liste fixée par le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 (*cf.* Annexe n°3). Cette initiative a, semble-t-il, obtenu un certain écho auprès du Gouvernement provisoire. On

---

[221] Il maintient le principe du recours au référendum (v. sur ce point, CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.509 et s.)

[222] Le texte constitutionnel du 2 novembre 1945, tel qu'issu de l'ordonnance du 17 août 1945, est ainsi formulé : « Article 2 – L'Assemblée établit la Constitution nouvelle. (…) Article 4 – L'Assemblée a le pouvoir législatif. Elle a l'initiative des lois concurremment avec le Gouvernement. »

[223] On le différencie ainsi du « premier » GPRF, issu de l'ordonnance du 3 juin 1944 (Ordonnance du 3 juin 1944 substituant au nom du Comité français de Libération nationale celui de Gouvernement provisoire de la République française, J.O.R.F. (Alger) du 8 juin, p.449) v. LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.884 et s.

[224] Note dactylographiée datée du 31 octobre 1945, 5 pages numérotées ; Fonds privé René Cassin – AN 382 AP 75, Note sur les problèmes constitutionnels, 1945-1946, Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine. Elle est reproduite en Annexe n°4.

trouve, en effet, dans le fonds d'archives privées de René Cassin un « projet de loi » qui en tire les principaux enseignements[225]. Le 20 janvier 1946, de Gaulle quitte le pouvoir. Et le projet de loi n'est jamais déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale.

294. Le refus de Félix Gouin de recourir aux décrets-lois. Le départ du général de Gaulle renforce les velléités d'en finir avec les décrets-lois comme méthode de gouvernement. A son arrivée au pouvoir, le socialiste Félix Gouin l'exprime sans détour. Le 29 janvier 1946, à l'occasion d'un discours de politique générale devant l'Assemblée nationale, il expose les mesures économiques envisagées par son Gouvernement et conclut son propos de la façon suivante :

> « une telle politique, nous ne le dissimulerons pas, ne peut réussir que si elle comporte l'adhésion raisonnée du peuple français tout entier et, dès l'abord, de ceux qui sont ses représentants autorisés. C'est à eux que nous nous adressons solennellement, en ce jour, et nous croyons fermement qu'ils nous entendront, parce que nous avons foi, comme eux, dans la République et dans le jeu normal des institutions démocratiques. (Applaudissements à gauche, à l'extrême gauche et au centre). C'est dire que nous ne ferons en aucun cas appel aux décrets-lois, mais à la collaboration confiante et quotidienne des représentants de la nation. (Applaudissements à gauche, à l'extrême gauche, au centre et sur divers bancs à droite) »[226]

La provenance des applaudissements, de l'extrême gauche à la droite, révèle une hostilité générale à la pratique des décrets-lois en janvier 1946. Les propos de Félix Gouin sont reproduits, et diffusés dans l'opinion, au moyen d'une affiche distribuée par l'agence Havas (*cf.* page suivante, illustration 1). L'affiche, intitulée « démocratie », représente une Marianne repoussant de sa main droite – les reléguant dans l'ombre – les décrets-lois de 1924, 1935 et 1940 et qui accueille, de sa main gauche, l'année 1946, caractérisée par la velléité d'en finir avec cette pratique. La citation de Félix Gouin y est reproduite. Une telle affiche révèle l'intensité dramatique que représente, à cette date, la question des décrets-lois, pour les parlementaires en particulier, et dans la société en général.

295. Le même jour cependant – 29 janvier 1946 – le Gouvernement dépose un projet de loi qui l'autorise à opérer, par décrets mais *sur proposition conforme, ou avis conforme, de la*

---

[225] Projet de loi non daté, 3 pages numérotées ; Fonds privé René Cassin – AN 382 AP 100, Fonctionnement intérieur du Conseil d'Etat – Archives nationales. Site de Pierrefitte-sur-Seine. Ce projet de loi n'est pas daté, mais la référence à *« l'Assemblée nationale constituante »* dans l'exposé des motifs laisse penser qu'il intervient entre le 2 novembre 1945 et le 27 octobre 1946. Il y a même lieu de penser que le projet fait directement suite à la note de René Cassin et André Andrieux tant les références à elle sont nombreuses.

[226] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°7, séance du 29 janvier 1946, p.153

Illustration 1 : « Démocratie » - Affiche de l'agence Havas, 1946

commission des finances de l'Assemblée, des révisions de crédits ouverts au titre du budget de l'exercice 1946 à chacun des départements ministériels[227]. Ce projet suffit à susciter la controverse. Les uns – parmi lesquels figurent René Capitant – y voient le retour des décrets-lois[228], les autres – parmi lesquels figurent le Gouvernement et les communistes –y voient une simple déconcentration, vers la commission des finances, de la procédure budgétaire (*cf. supra,* n°232). Cet épisode est symptomatique des « illusions » et des « contradictions » (G. Elgey) qui entourent la question des décrets-lois sous la IVe République. En 1945-1946, la volonté d'en finir avec le procédé est réelle ; mais les nécessités pratiques imposent rapidement de renouer avec les méthodes gouvernementales antérieures. L'article 13 de la Constitution de 1946, et sa violation presque immédiate, sont caractéristiques de cette tension (*cf. infra,* n°674 s.).

296. A la Libération, refonder la République implique de rejeter Vichy. Or, le rejet de Vichy implique de rejeter les décrets-lois et les acquis du réformisme des années 1930, perçus rétrospectivement comme responsables de la dégénérescence du parlementarisme et du « coup d'Etat » de 1940. La pratique gaullienne du pouvoir, qui incarne pourtant la légitimité républicaine entre 1940 et 1945, est sacrifiée sur l'autel de l'expiation du césarisme.

2) Le rejet de la pratique gaullienne du pouvoir

297. Le chef des Français libres, le général de Gaulle, incarne la légitimité républicaine entre 1940 et 1945 (*cf. supra*, n°271 s.). A la Libération, il peine pourtant à imposer ses idées constitutionnelles et sa conception du pouvoir. Contraint à la démission en janvier 1946, il ne parvient pas à infléchir l'élaboration des textes constitutionnels de 1946. Cette situation s'explique aisément. Le rejet de la tradition césarienne et plébiscitaire emporte, avec lui, le rejet du « gaullisme de guerre » (S. Berstein) qui fait rétrospectivement figure de pouvoir personnel (a). La pratique gaullienne du pouvoir – et les ordonnances de la France Libre – ne sont réceptionnées dans le constitutionnalisme républicain qu'à condition d'être reléguées dans le registre de l'exceptionnalité des circonstances de guerre (b).

---

[227] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 29 janvier 1946, annexe n°324, p.333) Il deviendra la loi n°46-157 du 8 février 1946. La procédure associe donc *obligatoirement* la commission des finances à l'exercice de ce pouvoir réglementaire (*cf. infra,* n°636 s.)

[228] André Marie, au nom du groupe des radicaux-socialistes, y voient des dispositions *« exorbitantes du droit républicain. »* (J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, séance du 5 février 1946, p.212) ; André Mutter, pour le PRL, y voit un *« aveu public d'impuissance »* (*ibid.,* p.213) ; René Capitant y voit un *« blanc seing »* donné au Gouvernement, avant d'ajouter : *Ce Gouvernement prétend être le premier a avoir le courage de dire la vérité au pays. Je constate qu'il est le premier à se déjuger, à quelques jours d'intervalle. »* (*ibid.,* p.221)

a) De Gaulle et le spectre du pouvoir personnel

298. Le pouvoir personnel – symbole des « coups d'Etat », du « césarisme » et des « restaurations » – fait figure de *« repoussoir absolu »* de l'idée républicaine ; il passe pour la « hantise » républicaine par excellence (*cf.* n°35 s.) [229]. Or, force est de constater que la pratique gaullienne du pouvoir, entre 1940 et 1945, s'inscrit dans cette tradition césarienne et plébiscitaire de gouvernement[230], incarnée par un chef qui représente la « nation dans ses profondeurs », selon les termes de Georges Lavau[231]. Le général de Gaulle – comme le maréchal Pétain, du reste – se revendiquent effectivement d'une légitimité tirée de la « France éternelle »[232]. En août 1945, le chef des Français libres impose d'ailleurs le référendum comme mode de détermination des formes de la transition constitutionnelle[233]. En somme, à la Libération, le général de Gaulle incarne progressivement le parti « anti-républicain », dont les ordonnances redeviendraient l'instrument.

299. La rupture entre de Gaulle et les partis politiques de la Libération n'est pas immédiate. Elle semble consommée avec les élections municipales de mai 1945 et se manifestera très clairement à la tribune de l'Assemblée consultative provisoire, fin juillet 1945, à l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance du 17 août 1945 relative à la transition constitutionnelle (*cf. supra*, n°289 s.)[234]. Les accusations de pouvoir personnel proviennent de tous bords politiques. Paul Bastid, radical, rappelle *« l'hostilité de la masse républicaine de ce pays au pouvoir personnel »*[235], Vincent Auriol, socialiste, émet des critiques semblables sur

---

[229] ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.99 ; v. aussi, NICOLET, N., *L'idée républicaine en France (1789-1924), op. cit.,* p.150

[230] Olivier Beaud ne s'y trompe pas et écrit : *« Il faut souligner (...) la marque que l'expérience de la « France Libre » a imprimée sur la pensée du général de Gaulle. Pendant quatre ans, il a pu décider seul, gouverner seul (...). Entre 1940 et 1944, de Gaulle concentre tous les pouvoirs, il est à la fois président de la République, Premier ministre et ministre de la Défense et il apprend à gouverner seul, et il y prend probablement goût. »* (BEAUD, O., « L'étrange « démocratie exécutive » à la française », *art. cit.,* p.952)

[231] LAVAU, G., *Sociologie de la vie politique française, op. cit.,* p.96

[232] v., par exemple, la déclaration du maréchal Pétain en conseil des ministres le 13 juin 1940 : *« L'armistice est à mes yeux la condition nécessaire de la pérennité de la France éternelle ».* v. aussi la déclaration de Montoire du 30 octobre 1940 : *« je vous tiens aujourd'hui le langage du Chef. Suivez-moi. Gardez votre confiance en la France éternelle ! »* citées *in : Messages du Maréchal Pétain,* Paris : Nouvelles éditions latines, 1983, 281 pages, spéc. p.15 et p.31. S'agissant du général de Gaulle, les références à la *« vie éternelle de la France »,* à *« l'âme éternelle de la France »* parsèment ses discours et messages. V. par exemple, son discours de la Concorde du 2 avril 1945 : *« La France du Passé, du Présent, de l'Avenir, la France éternelle compte que (...) ses soldats (...) la serviront avec gloire »* cité *in : Mémoires de guerres,* 1959, p.491.

[233] v. CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.506 et s. ; Or, le référendum n'est pas seulement l'instrument du pouvoir personnel, il incarne aussi la suspicion portée sur la représentation parlementaire. (LAVAU, G., *op. cit.,* p.96)

[234] v., MAUS, D., « Le général De Gaulle et la République nouvelle », 4e séance, 26 mars 2015, *in : Les racines des institutions de la Ve République,* Séminaire, Fondation Charles de Gaulle, Paris, 2014-2015

[235] J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1560 – 2ème séance du 27 juillet 1945

le texte qui lui semble conduire au *« pouvoir présidentiel »* et au *« pouvoir personnel »*[236], Georges Cogniot, communiste, considère *« qu'aucune hésitation n'est possible (...) entre souveraineté nationale et pouvoir personnel »*[237]. De Gaulle est comparé à Bonaparte[238]. Les tensions entre le général de Gaulle et les partis politiques s'accroitront à l'automne. Les élections du 21 octobre 1945 marquent la victoire des trois grands partis – PCF, SFIO et MRP – et placent de Gaulle dans une position de faiblesse. Il démissionne en janvier 1946 après avoir interpellé l'Assemblée : *« veut-on un gouvernement qui gouverne ou bien veut-on une assemblée omnipotente, déléguant un gouvernement pour accomplir ses volontés ? »* [239] Dès cette époque, se manifeste la volonté gaullienne – vivement exprimée en 1958 – de ne pas placer l'Exécutif dans la situation de « quémander » (le terme est de Raymond Janot) le droit de gouverner (*cf. infra,* n°1052).

300. Les accusations de pouvoir personnel seront les plus véhémentes après le discours de Bayeux, du 16 juin 1946[240]. A partir de cette date, le général de Gaulle est définitivement considéré, par les partis de gauche, comme un héritier de la tradition plébiscitaire. Les critiques proviennent avant tout du parti communiste qui, dès le 18 juin, dénonce dans *l'Humanité,* le péril *« bonapartiste »*[241]. Le 21 juin 1946, dans un article intitulé « L'ombre du Sabre » Pierre Hervé fait entrer De Gaulle *« dans un amalgame infernal où voisin[ent] la monarchie, le bonapartisme et bientôt Vichy »*[242]. Les critiques ne se limitent pas aux rangs communistes. En 1943 et 1944 le soutien de Vincent Auriol et de Léon Blum avait été primordial pour le général[243], c'est pourtant d'eux que viennent les accusations de pouvoir personnel après le discours de Bayeux. Celles de Léon Blum s'expriment dans *le Populaire* les 18 et 21 juin : *« L'Assemblée directement issue du suffrage universel doit avoir le premier et le dernier mot (...), l'attribution du pouvoir exécutif à un homme par le suffrage universel*

---

236 J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 66, page 1622 – 2e séance du 29 juillet 1945

237 J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 65, page 1569 – 1ère séance du 28 juillet 1945

238 v. les propos de Paul Bastid, *« Je ne ferai pas au général de Gaulle l'injure de le comparer à Louis-Napoléon Bonaparte (...) [c]e que je veux dire, c'est qu'il y a des conditions toujours semblables dans lesquelles naissent les dictatures. »* (J.O.R.F. (Débats), Assemblée consultative provisoire, n° 64, page 1563 – 2ème séance du 27 juillet 1945)

239 J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n° 23, page 732-733 – séance du 31 décembre 1945

240 v. DECAUMONT, F., (dir.), *Le discours de Bayeux (16 juin 1946) : hier et aujourd'hui,* Colloque l'Association française des constitutionnalistes avec la participation de l'université de Caen, Bayeux, 15 juin 1990, Economica : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 252 pages

241 cité par RUDELLE, O., « L'accueil du discours de Bayeux dans l'opinion », *in :* (DECAUMONT, F., (dir.), *Le discours de Bayeux, op. cit.,* réédité *in :* RUDELLE, O., *République d'un jour république de toujours, op. cit.,* p.489-516, spéc. p.499.

242 *ibid.*

243 V. SADOUN, M., « Questions de temps. Les rendez-vous manqués du gaullisme et du socialisme », *in : Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France, op. cit.,* p.193-201

s'appelle le plébiscite »[244]. Vincent Auriol, quant à lui, répond à de Gaulle à la tribune de l'Assemblée dans un discours du 19 juin en indiquant que *« le pouvoir personnel* [est] *unanimement condamné aujourd'hui »*[245]. Le 29 septembre 1946, dans son discours d'Epinal, le général de Gaulle accueille avec *« un mépris de fer les dérisoires imputations d'ambitions dictatoriales »*[246] prodiguées à son égard. Les accusations de pouvoir personnel ne faiblissent pourtant pas. Au lendemain du discours, elles proviennent non seulement des rangs du PCF et de la SFIO, mais aussi du MRP[247].

301. Ainsi, bien qu'elle incarne *conjoncturellement* la légitimité républicaine (*cf. supra*, n°271 s.), la pratique gaullienne du pouvoir est *structurellement* contraire à l'idée républicaine. En 1945-1946, la refondation de la République implique de rejeter le césarisme, quelle qu'en soit la manifestation. Le rejet de la Vichy emporte donc le rejet du pouvoir personnel, en général, et de la pratique gaullienne du pouvoir, en particulier. L'usage de la législation gouvernementale est sacrifié sur l'autel de l'expiation du césarisme. Les ordonnances de la France Libre ne sont rétrospectivement admises dans le constitutionnalisme républicain qu'au titre de l'exceptionnalité des circonstances de guerre.

b) L'exceptionnalité des circonstances, justification rétrospective de la législation gouvernementale de la France Libre

302. A la Libération, la structure de l'idée républicaine entre en conflit avec la conjoncture du rétablissement de la légalité républicaine, opérée par voie d'ordonnances. Comment refonder la République par la loi, et rejeter le modèle du gouvernement césarien et plébiscitaire, sans renoncer à l'héritage républicain de la France Libre ? Autrement dit, comment rejeter la pratique gaullienne du pouvoir, sans rejeter les ordonnances du chef des Français libres ? Ces considérations conduisent les hommes de 1945-1946 à mobiliser le registre de « l'exceptionnalité des circonstances » ; il permet de reléguer la France Libre au rang des « parenthèses », légitimement justifiées par les circonstances de la guerre, qu'il suffirait de renfermer pour clore l'expérience gaullienne. Ce registre n'est d'ailleurs pas une pure reconstruction rhétorique : le général de Gaulle lui-même avait, dès 1940, justifié son action par référence à l'exception, en reconnaissant qu'elle prendrait fin dès la désignation de

[244] BLUM, L., *Le Populaire,* 18 et 21 juin 1946, cité par RUDELLE, O., « L'accueil du discours de Bayeux dans l'opinion », *art. cit.,* p.501-502

[245] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°64, page 2542 – Réponses des ministres aux questions du 19 juin 1946

[246] *Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France,* Actes du colloque à Epinal des 27 et 28 septembre 1996, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 254 pages.

[247] v. BERSTEIN, S., « L'accueil de la société politique au discours d'Epinal », *art. cit.,* p.189-191

représentants librement désignés[248]. La théorie de l'exception, ou de « l'illégalité nécessaire », avait déjà trouvé un regain d'intérêt au cours de la Première guerre mondiale pour justifier les extensions du pouvoir réglementaire du Président de la République (*cf. supra,* n°129 s.). A la fin des années 1920, les décrets-lois sont encore présentés comme des manifestations *exceptionnelles* du pouvoir réglementaire[249]. A la Libération, l'exceptionnalité des circonstances permet encore de refermer la parenthèse du gaullisme de guerre. *« L'hommage à « l'Homme du 18 juin »,* écrit Odile Rudelle, *n'est validé qu'à condition que, tel Cincinnatus, il retourne à sa charrue. »*[250]

303. En effet, c'est bien le registre de l'exceptionnalité que mobilise Vincent Auriol, le 19 juin 1946, devant l'Assemblée nationale constituante, pour rendre hommage au *« Résistant de 1940 »*, tout en condamnant vertement les idées constitutionnelles du discours de Bayeux[251]. Léon Blum écrit encore le 10 octobre 1946 :

> « [l]e général de Gaulle garde sa place intacte dans notre histoire. Il reste l'homme de la Libération, (…) l'homme qui incarne, après les hontes de Bordeaux et de Vichy, le rachat de la nation par elle-même ; ce rachat dont on attendait une résurrection. J'ignore l'avenir. Je ne sais si la fatalité lui réserve pour la seconde fois un tel rôle. Ce que je sais, c'est qu'il ne pourrait le jouer que dans les circonstances et sur le plan où l'union de tous les Français autour de lui redeviendrait nécessaire et possible. Aujourd'hui, c'est dans le sens de la démocratie que la France cherche et veut retrouver sa voie. »[252]

Léo Hamon, pour le MRP, tient des propos similaires[253]. En vérité, le retour de la paix entretient l'illusion du retour à une certaine représentation de la « normalité » républicaine, celle de la minoration du rôle de l'Exécutif dans l'exercice des fonctions de l'Etat. Les ordonnances de la France Libre sont renvoyées au rang des « illégalités nécessaires », implicitement ratifiées par la Nation – ou converties rétroactivement en loi – comme le furent jadis les règlements de nécessité de 1914 (*cf. supra,* n°155). Elles répondent effectivement

---

[248] v. l'article 1er de l'ordonnance du 24 septembre 1941 créant le Comité national français : « en raison des circonstances de la guerre et jusqu'à ce qu'ait pu être constituée une représentation du peuple français en mesure d'exprimer la volonté nationale d'une manière indépendante de l'ennemi, l'exercice provisoire des pouvoirs publics sera assuré dans les conditions fixées par la présente ordonnance ». Sur cette question, CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.* p.419-423

[249] v., par exemple, HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.448

[250] RUDELLE, O., « L'année 1946 : les stratégies d'intervention du général de Gaulle », *Cahiers de la Fondation Charles de Gaulle,* « la genèse du RPF », n°4, 1997, p.179-198 réédité *in :* RUDELLE, O., *République d'un jour république de toujours, op. cit.,* p.482 ; v. dans le même sens, ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.510-511

[251] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°64, page 2541 et s. – Réponses des ministres aux questions du 19 juin 1946

[252] BLUM, L., *Le Populaire,* 10 octobre 1946, cité par BERSTEIN, S., « L'accueil de la société politique au discours d'Epinal », *op. cit.,* p.190

[253] HAMON, L., *L'Aube,* 28 septembre 1946, cité par : RUDELLE, O., « L'accueil du discours de Bayeux dans l'opinion », *art. cit.,* p.515

aux trois conditions dégagées par la doctrine classique, au cours de la Première guerre mondiale, pour justifier – ou *« excuser »* (R. Carré de Malberg) – le recours à l'illégalité : un péril imminent (l'occupation du territoire par l'ennemi), l'impossibilité d'agir légalement (absence d'habilitation formelle, dispersion des chambres, clandestinité et exil) et la sauvegarde d'un intérêt supérieur (la continuité de l'idée républicaine). En résumé, elles relèvent de *« l'évidente nécessité »*, c'est-à-dire de l'état d'exception[254]. Le retour aux circonstances ordinaires se traduit par la volonté d'en finir avec une pratique qui passe – depuis l'entre-deux guerres – pour un « mal nécessaire », et de renouer avec l'idéal révolutionnaire de la souveraineté parlementaire.

B- LA RECEPTION DE LA TRADITION CONVENTIONNELLE

304. La tradition révolutionnaire, ou conventionnelle, est un modèle gouvernemental – ou « système de valeurs » (G. Lavau) – fondé sur l'idéal d'une représentation exclusive de la Nation par les assemblées parlementaires, qui monopolisent l'exercice de la souveraineté nationale et détiennent la primauté dans l'exercice des fonctions de l'Etat[255]. Ce modèle est aux fondements de l'idée républicaine. Il procède d'une relecture mythifiée – Carré de Malberg le reconnaît lui-même[256] – des principes de 1789 et de l'idéal de la « loi, expression de la volonté générale. » (Sur tous ces points, *cf. supra,* introduction générale, n°37 s.). Dans l'histoire républicaine, la Révolution française fait effectivement figure de récit originel – ou « *mythe des origines »*[257] – mobilisé pour fonder, ou refonder, la République parlementaire. Dans les années 1880, l'héritage de la Révolution française avait permis d'enraciner la troisième République. A la Libération, il est employé à rebâtir la République (1). Or, ce mythe fondateur de l'idée républicaine est, en même temps, fossoyeur des pouvoirs de l'Exécutif en général, et du pouvoir réglementaire en particulier (*cf. supra,* introduction

---

[254] SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.335 et s. ; v. aussi la bibliographie mentionnée *supra,* n°136, note n°43

[255] v. évidemment, CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* spéc. p.26 : *«* [il d'agit d'un régime de] *représentation nationale, dans lequel le Parlement est, en somme, le seul à représenter la nation, dans lequel aussi il acquiert, à la faveur de l'idée que par lui s'exprime la volonté générale, une véritable suprématie : une suprématie, qui s'exerce tant au regard des citoyens, ceux-ci ne devant être admis à vouloir que par leurs représentants élus, qu'au regard des autres titulaires de puissance nationale, ceux-ci n'ayant que le caractère de simples autorités préposées à une fonction constitutionnelle, tandis que le Parlement finit, lui, par ne faire qu'un avec le souverain. »*

[256] CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* p.216

[257] HAZAREESINGH, S., « L'imaginaire républicain en France de la Révolution française à Charles de Gaulle », *Revue historique,* 2011, n°659, p.637-654. L'auteur définit le « mythe » comme une *« représentation normative du passé ou d'un idéal transformatif à venir. »* (p.639, spéc. p.641)

générale). On comprend pourquoi la législation gouvernementale fait figure d'impensé constitutionnel dans les projets des grands partis de la Libération (2).

1) Renouer avec les principes de 1789

305. Refonder la République implique de renouer avec les acquis de la Révolution française, démolis méthodiquement par le régime de Vichy. A Libération, comme sous la Résistance, les références aux « principes de 1789 » sont omniprésentes dans le discours républicain. La mobilisation de cette *« mythologie révolutionnaire »* (C. Nicolet) est perceptible dès la réunion de l'Assemblée consultative provisoire. En novembre 1943, André Hauriou compare, devant elle, l'armistice du 22 juin 1940 à *« l'agenouillement de la France de 1789, du pays de la liberté, des droits de l'homme et de la République devant ce monument d'oppression sociale et de tyrannie racique qu'est le national-socialisme. »*[258] La Déclaration des droits du 26 août 1789 fait figure de véritable *« morale républicaine »*[259], à laquelle les hommes de la Libération proclament leur attachement. En témoignent encore les propos Jacques Debû-Bridel, le 28 décembre 1944, devant l'Assemblée consultative :

> « [qu']il est des choses immuables, il est de grands principes auxquels nous nous rattachons. Il est une base de la vie publique française qui domine toutes les constitutions qui passent : c'est la Déclaration des droits de l'homme, qui est la charte de la démocratie française. (…) Ce sont ces grands droits consacrés par la Révolution de 1789 qui doivent servir de base à notre politique. Si nous restons fidèles à la Déclaration des droits de l'homme, nous écartons par-là l'arbitraire et l'aventure. »[260]

306. Ainsi, à la Libération, *« la France de 1789 veut sa résurrection »*[261] (P.-O. Lapie). Dans leurs projets constitutionnels, les grands partis politiques de 1945-1946 revendiquent cette filiation avec les idéaux de la Révolution française[262]. Au cours des débats constituants,

---

[258] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire, p.10 – séance du 11 novembre 1943

[259] NICOLET, C., *L'idée républicaine en France (1789-1924), op. cit.,* p.358

[260] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire, p.625 – séance du 28 décembre 1944

[261] J.O.R.F. (Alger), Débats de l'Assemblée consultative provisoire, p.17 – séance du 24 novembre 1943

[262] On lit ainsi, dans le projet communiste, que *« la constitution de la France moderne doit faire entrer dans les faits le grand principe de la* souveraineté nationale, *exprimé par l'article 3 de la déclaration des droits de l'hommes et du citoyen (...) ».* (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 23 novembre 1945, annexe n°20, p.26) ; Les socialistes reconnaissent leur attachement aux principes de 1789, et 1793, en intégrant le texte de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le corps de leur projet de constitution (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 29 novembre 1945, annexe n°44, p.58) ; Paul Anxionnaz, dans son rapport sur la politique générale au 36e Congrès du parti radical en août 1945 déclare : *« La France (...) a lutté contre l'ennemi, contre l'oppression au nom de ces grands idéaux révolutionnaires qui s'appellent la liberté, l'égalité, la fraternité, de ces grands principes inscrits dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est sur ces principes que nous devons établir toute notre action politique ; ce sont ces principes que nous voulons restaurer ; c'est ce patrimoine politique et moral de la France que nous voulons sauver et lui rendre »* (« La politique générale », 36e Congrès, 20, 21, 22 et 23 août

les « principes de 1789 » passent pour *« immortels »* (H. Herriot)[263]. On les considère *« au-dessus de tous les temps, au-dessus de tous les régimes »*[264] (R. Capitant), on y voit *« la règle de l'humanité et la condition de la civilisation »* (même orateur). Malgré la rédaction d'une nouvelle Déclaration des droits, le projet de constitution d'avril 1946 réitère la *« fidélité du peuple français aux principes de 1789 »*. Cet héritage révolutionnaire est parfaitement assumé par le rapporteur général de Pierre Cot[265]. Quant à la Constitution d'octobre 1946, elle *« réaffirme solennellement »* dès son préambule, les droits de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration de 1789.

307. Force est de constater, avec Georges Burdeau, qu'une *« telle puissance du passé laissait une marge bien étroite à l'imagination créatrice. »*[266] Elle ne laisse, en particulier, s'épanouir aucune réflexion constitutionnelle sur l'existence et l'étendue du pouvoir réglementaire.

2) Le pouvoir réglementaire, impensé du constitutionnalisme de la Libération

308. Alors qu'il figure au cœur du réformisme des années 1930, et des projets constitutionnels de la Résistance, le pouvoir réglementaire fait figure d'impensé constitutionnel à la Libération. Il s'agit évidemment d'une conséquence de la « double dette » que représente, d'une part, le rejet de la tradition césarienne et plébiscitaire, d'autre part, de la réception de la tradition conventionnelle-révolutionnaire. A l'exception timide du MRP, en effet, aucun des grands partis de la Libération n'a intégré dans son projet constitutionnel, une réflexion positive sur l'existence et l'étendue pouvoir réglementaire.

309. La chose est très nette s'agissant du projet communiste dont les accents révolutionnaires – empruntés à la Constitution de 1791 – sont éminemment perceptibles :

> « Article 6 – L'organe suprême de la République est l'Assemblée nationale. Elle exerce seule le pouvoir législatif, qu'elle ne peut ni aliéner, ni déléguer sous quelque forme que ce soit. (…) »

1945, rapport de M. Paul Anxionnaz, Paris : Editions du Parti républicain radical et radical-socialiste, 1945, 16 pages, p.7)

[263] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, page 712 – 1ère séance du 13 mars 1946

[264] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, page 643 – 2ème séance du 8 mars 1946

[265] *« Le projet (...) [est] une extension en France et au-delà des mers du régime démocratique issu de la Révolution française. (...) Le projet reste dans la grande ligne de la tradition démocratique inaugurée par la Révolution française ».* (J. O., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 2e séance du 5 avril 1946, annexe n°885, p.846 et s., spéc. p.850)

[266] BURDEAU, G., « Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946 », *art. cit.,* p.547

> « Article 16 – Le conseil des ministres ne peut faire aucune loi, aucun décret-loi, mais seulement des proclamations conformes aux lois, et des décrets d'application des lois, pour en ordonner ou pour en rappeler l'observation »[267].

Cette position n'a rien d'étonnant. Les communistes ont toujours vigoureusement lutté contre le renforcement de l'Exécutif en général, et les décrets-lois en particulier. Plus surprenante est la position du parti socialiste, dont le projet s'inscrit nettement en retrait par rapport aux acquis du réformisme antérieur :

> « Article 49 – L'Assemblée nationale dispose seule du pouvoir législatif. Elle ne peut le déléguer à quiconque. Aucune loi ne peut être modifiée par décret. »[268]

Dans les années 1930, les socialistes s'étaient pourtant convertis – derrière Léon Blum et Vincent Auriol – à recourir aux pleins-pouvoirs, et n'y voyaient aucun inconvénient. De la même façon, on ne retrouve dans le projet socialiste de 1945 aucune des innovations de déconcentration des fonctions de législation vers des commissions parlementaires ou techniques, imaginées par André Philip ou Jules Moch sous la Résistance (*cf. supra,* n°232 s.).

Quant au parti radical, il n'admet – conformément à l'orthodoxie constitutionnelle classique (*cf. supra*, n°37 s.) – le pouvoir réglementaire qu'à condition d'être subordonné et secondaire à la loi, hiérarchiquement et dans le temps[269].

310. Seul le MRP entend associer l'Exécutif à l'exercice des fonctions primaires de législation. Son projet constitutionnel est discuté lors du deuxième Conseil national du parti, et formulé dans une « motion sur la Constitution de la IVe République » adoptée le parti le 26 août 1945. S'agissant du pouvoir réglementaire, on y lit :

> « La Chambre des députés se décharge sur le gouvernement du soin de prendre des dispositions générales d'ordre économique ne portant pas atteinte aux libertés individuelles, n'engageant pas de dépenses nouvelles et ne modifiant pas les structures économiques. La Chambre gardant naturellement la possibilité de modifier à chaque instant les dispositions gouvernementales »[270].

En somme, cette proposition revient à consacrer le principe d'une habilitation générale et permanente, conférée à l'Exécutif, dans un champ d'application nettement déterminé, mais non réservé. Bref, c'est reconnaître un pouvoir réglementaire autonome. (Sur cette notion, *cf. infra,* n°484 s., 645 s.). Le projet a donc le mérite d'innover, mais demeure bien en-deçà des

---

[267] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 23 novembre 1945, annexe n°20, p.26-27

[268] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 29 novembre 1945, annexe n°44, p.61

[269] En témoigne le rapport sur la politique générale de Paul Anxionnaz, à l'occasion du 36e Congrès du parti, en août 1945. *« [Le Parlement élaborera] des lois claires, simples, énonçant des principes et renvoyant à des règlements d'administration publique – soumis, bien entendu, au contrôle juridictionnel – toutes les mesures d'application pratique »* (« La politique générale », 36e Congrès, 20, 21, 22 et 23 août 1945, rapport de M. Paul Anxionnaz, *op. cit.,* p.12)

[270] *Forces nouvelles,* journal hebdomadaire du MRP, n°30 du 1er septembre 1945, p.8

propositions formulées par François de Menthon, au cours de la Résistance, envisageant de constitutionnaliser l'existence des décrets-lois[271].

311. Conclusion de la section. Au sortir de la Seconde guerre mondiale, le pouvoir réglementaire est le produit d'un héritage conflictuel complexe. Conjoncturellement, il est discrédité par Vichy, mais légitimité par la France Libre. Structurellement, il est l'instrument d'une tradition césarienne et plébiscitaire, réveillée par Pétain – et par de Gaulle – violemment rejetée en 1945 au profit d'une tradition révolutionnaire-conventionnelle, dont la réception est nécessaire à la refondation de la République parlementaire. Le pouvoir réglementaire est donc refoulé à la Libération. Les ordonnances de la France Libre sont reléguées au rang des « illégalités nécessaires » au salut de l'idée républicaine. Les acquis du réformisme des années 1930, la montée en puissance de l'Exécutif en général, et des décrets-lois en particulier, sont emportés dans la même vague que le rejet du pouvoir personnel. En renouant avec les idéaux de 1789, et le mythe de la loi expression de la volonté générale, la Constitution du 27 octobre 1946 traite la question de l'existence et de l'étendue du pouvoir réglementaire par « prétérition » (A. de Laubadère). Les débats constituants en témoignent.

[271] *« Quant au pouvoir législatif, la Constituante distinguerait trois catégories de lois : [1°) Les lois constitutionnelles ; 2° les lois ordinaires ;] 3°) Les décrets-lois pris en Conseil des ministres. En effet, la multiplication des textes législatifs, l'urgence de certains de ces textes (notamment dans l'intervalle des sessions parlementaires) obligent à décharger la Chambre de ces « lois mineures » et à s'en remettre au gouvernement. Quel critère adopter ? La discrimination est difficile, mais les juristes avertis de la Constituante ne manqueront pas de la découvrir ; disons provisoirement que la matière des décrets-lois (dont la Chambre pourrait d'ailleurs toujours se saisir pour modification) serait toute disposition d'ordre économique ne portant pas atteinte aux libertés individuelles et ne modifiant pas les structures économiques. (...) » « Le Conseil des ministres a l'initiative des projets de loi (concurremment avec la Chambre des députés) et le droit de légiférer par décrets-lois sur les matières qui seraient prévues par la Constitution ; il est essentiellement organe de décision et de coordination, fixant en tous domaines la politique gouvernementale. »* (cité par CALLON, J.-E., *op. cit.,* p.228-229

SECTION 2 :
LE POUVOIR REGLEMENTAIRE DANS LES DEBATS CONSTITUANTS DE 1945-1946 : UNE QUESTION TRAITEE PAR « PRETERITION »

> « S'il est vrai qu'une bonne constitution doive être courte, il est des points qu'elle est seule à pouvoir régler ; sur ceux-là, elle doit être explicite. (…) [L]e problème de la participation du gouvernement à la législation ne peut être, qu'on le veuille ou non, ignoré impunément dans le parlementarisme moderne. On n'oserait affirmer qu'en le traitant par prétérition la Constitution de 1946 ait choisi la meilleure voie »[272].
>
> André de Laubadère

312. En dépit de leurs positions de principe sur la modernisation du système parlementaire, les députés des Assemblées nationales constituantes de 1945-1946 ne voient pas – ou ne veulent pas voir – les enjeux que représente la problématique de l'existence et de l'étendue du pouvoir réglementaire de l'Exécutif au milieu du XXe siècle. Pourtant, ils n'ignorent pas l'importance de la question, qui figure au cœur du réformisme constitutionnel depuis le milieu des années 1930 et leur est fréquemment rappelée, en doctrine, depuis la Libération et tout au long des travaux constituants[273]. Les raisons de cette éclipse ont été expliquées (*cf. supra,* section 1). Elles découlent aussi du contexte d'élaboration de la future constitution. L'adoption du texte constitutionnel est marquée par la recherche du *compromis* entre les trois grands partis. Or, cette logique compromissoire, voire transactionnelle, n'est guère propice aux innovations constitutionnelles. D'autant que le MRP – seul parti à ébaucher une réflexion sur le pouvoir réglementaire dans son projet constitutionnel (*cf. supra*, n°310) – n'est pas en situation de force au sein des deux assemblées constituantes, dominées par les forces de gauche. Le tripartisme implique la recherche permanente de l'équilibre autour du parti charnière, la SFIO[274]. La victoire du « non » au référendum de mai 1946 ne modifie pas sensiblement cet état des choses. A l'été 1946, les constituants sont d'ailleurs préoccupés par l'idée de sortir au plus vite du provisoire ; *« Au plus tôt, donnez un statut définitif à la*

---

[272] LAUBADERE (de), A., « L'article 13 », *Etudes juridiques,* 1954, n°3-4, p.XX

[273] v. BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP,* avril-juin 1945, p.202-228 ; BOIVIN-CHAMPEAUX, J., « Renouveau constitutionnel », *Revue politique et parlementaire,* octobre 1945, p.15-20 ; GIRAUD, E., *La reconstruction politique de la France,* Paris : Flammarion, 1945, 239 pages ; GIRAUD, E., « Le projet de Constitution de la Commission de la Constitution », *Revue politique et parlementaire*, février 1946, p.97-128 ; LIET-VEAUX, G., « La séparation des pouvoirs et l'avenir des décrets-lois », *Revue politique et parlementaire,* août-septembre 1946, p.107-111 ; SAUVAGEOT, A., « Dévaluation de la Loi », *Revue politique et parlementaire,* avril 1946, p.29-38, mai 1946, p.112-123 ; SIMON, P.-H., *De la République. Essai sur la future Constitution de la France,* Paris : Plon, 1945, 191 pages

[274] Sur les étapes du processus constituant de 1945-1946, v. BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République, op. cit.,* p.247-254

République… Le temps presse. »[275] (V. Auriol). Ces contraintes circonstancielles et partisanes pèsent sur le processus constituant et laissent évidemment peu de place à *« l'imagination créatrice »* [276] (G. Burdeau), pourtant indispensable à la réflexion sur le renforcement fonctionnel de l'Exécutif. Ces raisons expliquent pourquoi les Assemblées constituantes de 1945-1946 refusent de doter l'Exécutif de fonctions primaires de législation (§1) et réaffirment la spécialisation fonctionnelle dualiste classique (§2).

§1. Le refus de conférer à l'Exécutif des fonctions primaires de législation

313. Les Assemblées constituantes de 1945-1946 refusent de s'interroger sur l'existence et l'étendue du pouvoir réglementaire. Malgré sa volonté d'assurer la primauté fonctionnelle de l'Exécutif – et *« [d']instituer un véritable chef du Gouvernement, un Premier ministre au sens anglais du terme »*[277] – la Constitution du 27 octobre 1946 ne lui reconnaît aucune fonction primaire de législation. Ce refus n'est pas accidentel. Il résulte d'une volonté de principe de renouer avec la conception révolutionnaire de la loi, expression de la volonté générale (*cf. supra*, introduction générale, n°37). Le 4 décembre 1945, au cours de la deuxième séance de la commission de la Constitution, les députés réaffirment le monopole de l'Assemblée nationale dans l'exercice de la souveraineté[278], donc le monopole de l'Assemblée

---

[275] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°64, page 2542 – séance du 19 juin 1946.

[276] BURDEAU, G., « Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946 », *art. cit.,* p.547

[277] Selon les termes du rapporteur général, Paul Coste-Floret (J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°88, page 3552 – séance du 5 septembre 1946). Le rapporteur général emploie déjà l'expression dans son rapport général, présenté le 2 août. V. J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 2 août 1946, annexe n°350, p.294

[278] Les propos de René Capitant, premier orateur sur ce point, sont particulièrement révélateurs des données du problème. Il *« demande à la commission de dire si elle reste fidèle à la démocratie purement représentative, conception qui a triomphé en France depuis les assemblées révolutionnaires jusqu'à la constitution de 1875 : ici le peuple transfère pour un temps déterminé la souveraineté aux élus. La commission se rallie-t-elle, au contraire, au système de la démocratie directe ou semi-directe, dans lequel le peuple ne se contente pas d'élire, mais exerce un droit d'initiative ou de contrôle, comme cela se passe en Suisse par exemple ? »* (Séances de la Commission, 4 décembre 1945, Comptes-rendus analytiques (CRA), 1ère ANC, p.23). La commission se prononce finalement sur le principe de la limitation du référendum à la seule législation constitutionnelle (Séances de la Commission, 4 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.26). Cette position de principe consacre, en réalité, le monopole de l'Assemblée dans l'exercice de la souveraineté nationale en matière législative et prépare l'adoption, sans débat, le 22 mars 1946 au cours de la 51e séance de la commission (Séances de la Commission, 22 mars 1946, CRA, 1ère ANC, p.581), de la disposition qui deviendra, presque sans modification, l'article 47 du projet de constitution d'avril 1946 aux termes duquel : *« le peuple français exerce sa souveraineté par ses députés à l'Assemblée nationale ».*

Après un court débat sur le référendum législatif à l'initiative du MRP, la même position est adoptée lors de la 9e séance de la commission de la constitution de la seconde assemblée nationale constituante le 17 juillet 1946 (Séances de la Commission, 17 juillet 1946, CRA, 2e ANC, p.126-127). C'est au cours de cette séance que le rapporteur général, Paul Coste-Floret, rédige, en 4 alinéas, le texte qui deviendra l'article 3 de la Constitution du 27 octobre 1946 aux termes duquel : *« La souveraineté nationale appartient au peuple français. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le peuple l'exerce, en matière*

dans l'édiction du droit primaire (hors révision de la Constitution). Cette captation fait de la loi, l'expression d'une *« puissance de volonté initiale et inconditionnée »*[279]. La loi, texte de l'Assemblée, fait figure de règle non concurrencée dans l'édiction du droit primaire[280]. En rejetant les décrets-lois (A) et les règlements autonomes (B), les députés refusent effectivement l'exercice, par l'Exécutif, de fonctions primaires de législation.

A- LE REFUS EXPLICITE DES DECRETS-LOIS

314. Les députés, en 1945-1946, ont explicitement refusé à l'Exécutif l'exercice de fonctions primaires de législation, fût-ce sur habilitation du Parlement. Ils rejettent ainsi la pratique des décrets-lois qui fait l'objet d'une hostilité généralisée à la Libération (*cf. supra,* n°283 s.). L'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 exprime ce rejet : *« L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit ».* Odile Rudelle y voit la *« définition la plus large du légicentrisme républicain »*[281]. Il révèle effectivement l'illusion d'en finir avec les décrets-lois (1), mais est porteur d'ambiguïtés rédactionnelles congénitales, qui interrogent sur les véritables motivations des constituants (2).

1) L'article 13 : l'illusion d'en finir avec les décrets-lois

315. L'article 66 du projet de constitution d'avril 1946[282] – qui deviendra l'article 13 de la constitution du 27 octobre 1946 – a incontestablement pour origine l'hostilité dont font l'objet les décrets-lois à la Libération. La prohibition formelle du procédé figure expressément dans les projets constitutionnels du PCF et de la SFIO (*cf. supra,* n°309). Ce sont les députés communistes qui introduisent d'ailleurs la question au sein des débats de la commission de la constitution. Dès sa 7e séance, le mercredi 12 décembre 1945, en réponse au républicain populaire Michel Devèze qui souhaite que soit déterminé le domaine de la loi et celui des règlements[283], le communiste Etienne Fajon demande que la commission se prononce sur la

---

constitutionnelle, par le vote de ses représentants et par le référendum. En toutes autres matières, il l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, élus au suffrage universel, égal, direct et secret. »

[279] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.79

[280] La supériorité constitutionnelle n'est pas garantie, car le contrôle de constitutionnalité aboutit au *« résultat paradoxal de faire prévaloir la loi sur la constitution »* (G. Ripert, *Le déclin du droit, op. cit.,* p.15) ; le référendum législatif est proscrit ; le contrôle de conventionnalité est limité à un simple conflit de loi dans le temps, nonobstant la reconnaissance de la supériorité des traités sur les lois.

[281] RUDELLE, O., « Le légicentrisme républicain », *art. cit.,* p.111

[282] L'article 66 est rédigé ainsi : *« L'Assemblée nationale a seule le droit de légiférer. Elle ne peut déléguer ce droit à quiconque en tout ou en partie ».*

[283] Séances de la commission, 12 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.81

question suivante : *« l'assemblée aura-t-elle le droit de déléguer le pouvoir législatif ?»*[284]. Le lendemain, jeudi 13 décembre, le député communiste Raoul Calas insiste pour *« qu'une disposition constitutionnelle interdise à l'assemblée de donner au gouvernement l'autorisation de prendre des décrets-lois »*[285]. Pierre Hervé, communiste, réclame un vote de principe et indique que *« [si] la commission réprouve la politique des décrets-lois, il faut qu'elle l'exprime par une disposition constitutionnelle »*[286]. Est alors adopté à l'unanimité des membres présents un texte rédigé par Guy Mollet aux termes duquel :

> « 1° Il ne peut être de lois que celles votées par l'assemblée.
>
> 2° L'assemblée ne peut déléguer à quiconque, en tout ou en partie, le droit de légiférer à sa place. »

Le texte définitif, légèrement modifié, est adopté par la commission dans sa séance du 4 avril 1946[287]. Il deviendra l'article 66 du premier projet de constitution et, en juillet 1946, servira de base, sans autre discussion de fond, à la rédaction du futur article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946[288].

316. La formule est ambiguë (*cf. infra,* n°317 s.). Elle est néanmoins immédiatement perçue comme une interdiction du procédé des décrets-lois, tant par les parlementaires que par la doctrine[289]. Les propos des rapporteurs généraux, Pierre Cot, en avril 1946, et Paul Coste-Floret, en août 1946, invitent effectivement à cette interprétation[290]. L'exposé des motifs de l'article 66 (futur article 13), présenté par le rapporteur spécial, Pascal Copeau, ne laisse d'ailleurs subsister aucun doute sur l'intention de la commission de la Constitution :

> « L'affirmation du principe de la souveraineté exclusive de l'Assemblée nationale comporte, comme corollaire, l'interdiction d'aliéner quoi que ce soit de ce pouvoir. L'Assemblée nationale constituante et le peuple français, instruits par une récente et tragique expérience, se doivent de condamner toutes les procédures d'exception et notamment la pratique des décrets-lois. »[291]

---

[284] *ibid.,* p.82

[285] Séances de la commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.102

[286] *ibid.,* p.103

[287] Séances de la commission, 4 avril 1946, CRA, 1ère ANC, p.649. Le texte devient *« L'assemblée nationale a seule le droit de légiférer. Elle ne peut le déléguer à quiconque en tout ou en partie ».*

[288] Séances de la commission, CRA, 2ème ANC, p.146. Le texte devient, à la suite d'une proposition de Paul Ramadier, *« L'assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit à quiconque en tout ou en partie ».* Le 24 septembre 1946, Paul Bastid propose une *« simplification de rédaction »* qui donne à l'énoncé sa forme définitive : *« L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit »* (*ibid.,* p.701)

[289] v., par exemple, PELLOUX, R., « La Constitution du 19 avril 1946 », *Recueil Dalloz,* 1946, chronique n°12, p.45-48, spéc. p.47 ; PELLOUX, R., « La nouvelle Constitution de la France », *Recueil Dalloz,* 1946, chronique n°21, p.81-84, spéc. p.82 ;

[290] v., J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 2e séance du 5 avril 1946, annexe n°885, p.848 ; J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°80, page 3185 – séance du 20 août 1946

[291] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 2e séance du 5 avril 1946, annexe n°885, p.858

Parce qu'il passe pour une interdiction des décrets-lois, l'article 13 est violemment combattu par les partisans du procédé. Le 28 septembre 1946, le député Paul Reynaud – dont le nom demeure assimilé aux « décrets de misère » du cabinet Daladier (*cf. supra,* n°186) – attire l'attention de ses collègues sur l'illusion d'une telle interdiction :

> « Reste la dernière arme dont disposait ce malheureux ministre [nota : Daladier]. Cette arme capitale, c'était celle des décrets-lois, dont je vous ai déjà dit qu'avec la complexité de la vie moderne, la nécessité de décisions rapides, il est impossible de se passer (interruptions à gauche et à l'extrême gauche). Et vous y reviendrez… »[292]

Quant à la doctrine, elle ne manque pas de souligner la futilité du projet d'article 13. Dès février 1946, le professeur Emile Giraud, auteur de deux importantes monographies de droit comparé sur l'Exécutif en 1938 (*cf. supra,* n°224, note 399), invite l'Assemblée constituante à modifier son texte, et à tenir compte des expériences du passé[293]. A l'été 1946, Georges Liet-Veaux se livre, à son tour, dans la *Revue politique et parlementaire,* à un véritable plaidoyer en faveur des décrets-lois et invite, là encore, l'Assemblée à modifier son projet[294]. Sans succès. A la fin de l'année 1946, l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 symbolise à lui-seul la « République des illusions » (G. Elgey), celle qui renoue avec la mythologie révolutionnaire, l'idéal de la souveraineté parlementaire et la minoration de l'Exécutif dans l'exercice des fonctions de l'Etat. L'article est pourtant porteur d'ambiguïtés congénitales.

2) Un « coup d'épée dans l'eau » ?

317. « L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut *déléguer* ce droit. » Pour René Capitant, cette formulation aboutirait à un *« coup d'épée dans l'eau »*[295] ; car il est admis, depuis un demi-siècle, que les RAP et décrets-lois ne sont pas des manifestations d'une délégation législative (*cf. supra,* n°52, et *infra* n°627 s.). En dépit de cet avertissement, la commission de la Constitution retient cette formulation prudente (a), ce qui laisse supposer une volonté de ne pas hypothéquer l'avenir (b).

---

[292] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°103, séance du 28 septembre 1946, page 4230. Paul Reynaud, ministre des finances, en 1948, dans le cabinet d'André Marie, est effectivement à l'origine d'un retour en force des décrets-lois (*cf. infra,* n°582 s.)

[293] GIRAUD, E., « Le projet de Constitution de la Commission de la Constitution », *art. cit.,* p.108-109

[294] LIET-VEAUX, G., « La séparation des pouvoirs et l'avenir des décrets-lois », *art. cit.,* p.110

[295] Séances de la Commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.102

a) Le choix d'une formulation prudente

318. Les projets du parti communiste et du parti socialiste envisageaient expressément d'interdire la modification d'une loi par un décret (*cf. supra*, n°309). Cependant, lorsque le 13 décembre 1945, le député communiste Raoul Calas sollicite de la commission de la constitution l'inscription d'une telle disposition dans le projet de constitution, le président André Philip propose une formule interdisant à l'Assemblée nationale de « déléguer » son pouvoir législatif[296]. Or, depuis les travaux d'Adhémar Esmein et d'Henry Berthélemy[297], à la fin du XIXe siècle, il est admis – par la quasi-unanimité de la doctrine – que les RAP et décrets-lois ne sont pas comparables à des « délégations législatives », mais constituent de simples extensions de la compétence réglementaire de l'Exécutif, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. (*cf. supra,* n°44 s.) Cette position est d'ailleurs consacrée, à propos des RAP, par le Conseil d'Etat, dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'est* du 6 décembre 1907[298], et constamment réitérée depuis, à propos des règlements coloniaux[299] et des décrets-lois[300]. (*cf. supra,* introduction générale n°51 s., et *infra,* n°631 s.) Interdire à l'Assemblée de « déléguer » son pouvoir législatif, revenait à lui interdire d'aliéner son droit d'élaborer la loi formelle ; ce que les décrets-lois n'ont jamais prétendu être.

319. La commission de la constitution pouvait-elle ignorer cette position doctrinale et jurisprudentielle, constante depuis la fin du XIXe siècle ? Les professeurs de droit y sont, en effet, largement représentés[301], et figurent parmi eux René Capitant qui attire immédiatement l'attention de ses collègues sur l'ambiguïté de la formule proposée :

---

[296] *« L'assemblée dispose du pouvoir législatif et elle ne peut le déléguer ».* (Séances de la Commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.102)

[297] ESMEIN, A., « De la délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire,* 1894, n°1, p.200-p.224 ; BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *Revue politique et parlementaire,* 1898, n°1, p.5-15, n°2, p.322-335 ; JEZE, G., « Le règlement administratif », *Revue générale d'administration,* mai-août 1902, p.5-22

[298] CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres,* Rec. p.913, concl. Tardieu ; *D.* 1909.III.57, concl. Tardieu ; *S.* 1908.III.1, note Hauriou, concl. Tardieu ; *RDP,* 1908.38, note Jèze

[299] CE, Sect., 22 décembre 1933, *Maurel,* Rec. 1226 ; *S.* 1934.3.57, note Roques ; *D.* 1936.3.17, note Gros

[300] CE, 3 août 1918, *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient,* Rec. p.814 ; CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels,* Rec. 619 ; *RDP* 1937.501, concl. Renaudin, note Jèze ; *S.* 1937.397, note P. de Font-Réaulx ; *D.,* 1937.333, note Rolland.

[301] Bien que, comme le relève Benjamin Fargeaud, la plupart soient professeurs d'économie politique (François de Menthon ou André Philip), ou de droit privé (Paul Coste-Floret). Seuls Paul Bastid et René Capitant sont, à ses yeux, des *« véritables représentants de la doctrine constitutionnelle »*, auxquels il conviendrait d'ajouter Pierre Cot, major de l'agrégation de droit public en 1922 (FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.77-78)

> « cette disposition n'aurait qu'une portée très limitée, car la jurisprudence du Conseil d'Etat a admis que les décrets-lois n'étaient pas des délégations du pouvoir législatif. Ce serait un coup d'épée dans l'eau »[302]

Malgré cet avertissement, l'interdiction de « déléguer » le pouvoir législatif est votée à l'unanimité par la commission de la Constitution (*cf. supra*, n°315). Les propositions communiste et socialiste – qui interdisent expressément la modification d'une loi par un décret – sont sciemment écartées.

320. Tel qu'il est formulé, l'article 13 passe moins pour une interdiction des décrets-lois que pour la formulation d'une « indisponibilité des compétences ». Ce principe équivaut, en effet, à interdire aux organes de « déléguer » – c'est-à-dire d'aliéner – leurs habilitations aux profits d'autres organes[303]. Il repose sur l'idée que les autorités publiques, y compris le Parlement, ne détiennent aucune capacité, aucuns droits subjectifs, mais seulement des *compétences*, qui conditionnent l'exercice d'un pouvoir. Or, à la différence des droits subjectifs (dont les individus sont effectivement *titulaires*[304]), les compétences sont indisponibles, car attribuées, par la Constitution, à des autorités publiques qui n'en détiennent que *l'exercice*. Cette idée est exprimée dès la fin du XVIIe siècle, par Locke, et plus tard par Sieyès[305] pour asseoir le principe représentatif ; elle est reprise à son compte par la doctrine républicaine de la fin du XIXe siècle, par Esmein, Berthélemy, Jèze ou Duguit, dans l'objectif avoué d'assurer l'hétérolimitation de l'Etat par le droit, contre la thèse de la personnalité juridique de l'Etat[306]. Il en résulte que « celui qui exerce une compétence déléguée ne peut la

---

[302] Séances de la Commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.102

[303] L'indisponibilité des compétences, écrit Guillaume Tusseau, exclut la possibilité *« qu'une norme d'habilitation comporte un champ qui inclut cette norme d'habilitation elle-même. »* (TUSSEAU, G., « L'indisponibilité des compétences », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, spéc. p.114) v. aussi, AZOUAOU, P., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne,* Paris : Mare et Martin, 2015, 732 pages

[304] Et peuvent donc les déléguer, comme le reconnaît Duguit : *« L'existence d'un droit subjectif implique la possibilité générale et de principe pour le titulaire de déléguer l'exercice de ce droit. »* (DUGUIT, L., *Etudes de droit public. 2, L'Etat, les gouvernants et les agents,* Paris : A. Fontemoing, 1903, 774 pages, spéc. p.509)

[305] Locke écrit : *« Le* pouvoir législatif ne peut pas habiliter *qui que ce soit d'autre à* légiférer *; il ne détient qu'un pouvoir que le peuple lui a délégué ; ceux qui l'ont ne peuvent le transmettre à autrui. (...)Le* pouvoir législatif *ne peut jamais aliéner la compétence en vertu de laquelle il légifère, ni la place en d'autres mains »* (LOCKE, J., *Deuxième traité du gouvernement civil. Constitutions fondamentales de la Caroline,* éd. et trad. fr. GILSON, B., Paris : Vrin, 1985, 255 pages, p.157-158 cité par TUSSEAU, G., « L'indisponibilité des compétences », *art. cit.,* p.110). Plus tard, Sieyès écrit : *« Il n'appartient donc pas au corps des délégués de déranger les limites du pouvoir qui lui a été confié. (...) Dans chaque partie la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation »* (*Qu'est-ce que le Tiers état ?,* Paris : Editions du Boucher, 2002, 85 pages, spéc. p.52-53)

[306] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* fasc. 1, 2e éd., Paris : Larose & Forcel, 1899, 794 pages, spéc. p.477 ; BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 2e éd., Paris : Rousseau, 1902, 942 pages, spéc. p.57 ; DUGUIT, L., *Etudes de droit public. 2, L'Etat, les gouvernants et les agents,* Paris : A. Fontemoing, 1903, 774 pages, spéc. p.502-503 ; JEZE, G., « Le règlement administratif »,

déléguer » ; *delegata potestas non delegatur.* Appliqué au Parlement, le principe de l'indisponibilité des compétences interdit la « délégation législative » : le Parlement ne peut subdéléguer la compétence qu'il détient en tant que délégué du souverain.

321. Or la compétence reconnue au Parlement par la Constitution est d'élaborer la loi formelle, sinon de « voter la loi » (comme le reconnaît lui-même l'article 13 de la Constitution de 1946). Ainsi, interdire à l'Assemblée nationale de « déléguer » le pouvoir législatif revient à lui interdire de « déléguer » le pouvoir d'élaborer la loi formelle. Or, seul le Parlement est habilité à élaborer la loi formelle[307]. La formule retenue par l'article 13 paraît donc purement tautologique ; elle exprime – sous une autre forme – le principe du monopole de l'Assemblée nationale dans l'exercice de la souveraineté nationale, déjà exprimée par l'article 3, al. 4 de la Constitution de 1946. Les débats devant la commission de la Constitution confirment cette lecture[308]. La formule de l'article 13 est, en réalité, une simple recognition, en droit positif, de cette « *prémisse majeure inarticulée* »[309] de la pensée juridique – formulée depuis Locke et Sieyès – indispensable à la production dynamique du droit[310]. A n'en point douter, elle n'interdit pas les décrets-lois. Tel que formulé, l'article 13 manque son coup.

Revue générale d'administration, mai-août 1902, p.5-22 ; v. aussi, FOULQUIER, N., *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle,* Paris : Dalloz, 2003, 805 pages

[307] Cela résulte du fait qu'il est le seul représentant du souverain, donc le seul producteur de la volonté générale : *« Toute loi formelle réalise intégralement le concept de loi : car tout dispositif de la loi formelle acquiert, du fait seul de son origine, les propriétés qui font de lui une des règles constitutives de l'ordre juridique supérieur de la communauté nationale. (...) »* (CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.67) ; *« [T]oute la loi formelle, puisqu'elle emprunte à la puissance de son auteur la plénitude des caractères et des forces qui sont le monopole de la loi, est loi sous tous les rapports, mais au contraire aucune règle de droit ne peut être qualifiée loi, en quelque sens que ce soit, si elle n'est pas loi formelle. »* (*ibid.,* p.68)

[308] Au cours de la séance du 19 septembre 1946, le socialiste Paul Ramadier, docteur en droit, s'inquiète de l'interprétation à donner à l'interdiction de déléguer le pouvoir législatif contenue dans le projet d'article 13 de la Constitution : *« Deux interprétations sont possibles,* explique-t-il. *Le mot « loi » peut avoir son sens formel, ce qui signifierait qu'une décision de l'assemblée nationale souveraine ne peut être modifiée que par une autre décision de l'assemblée nationale. Le pouvoir réglementaire pourrait alors être largement exercé dans les territoires d'outre-mer. Mais si le mot « loi » est pris dans le sens matériel de règle générale déterminant les droits des citoyens et les conditions de leur exercice, le texte, dans ce cas, mettrait fin au pouvoir de réglementation étendu donné au gouvernement dans les territoires d'outre-mer (...) »* (Séances de la Commission, 19 septembre 1946, CRA, 2e ANC, p.570) Car, effectivement l'interdiction d'habiliter l'Exécutif à légiférer en certaines matières, c'est-à-dire à édicter des « actes-règles », ôterait au Gouvernement la possibilité d'exercer tout pouvoir réglementaire. Or ni le rapporteur général, Paul Coste-Floret, ni le ministre d'Etat Alexandre Varenne n'entendent donner cette interprétation à l'article 13 (*ibid.,* p.571)

[309] Selon l'expression de l'opinion dissidente de O.W. Holmes, juge à la Cour suprême des Etats-Unis, *in Locher v. People of State of New York* 198 US 45, 76 (1905), trad. fr. *in :* ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis,* Paris : PUF, 2000, p.343 cité par TUSSEAU, G., « L'indisponibilité des compétences », *art. cit.,* p.113

[310] AZOUAOU, P., *op. cit.*

b) Une simple « condamnation sentimentale » ?

322. La formule retenue par l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 fait donc figure de *« condamnation sentimentale »*[311] (R. Pinto) des décrets-lois. Il semblerait, qu'en la votant, les membres de la commission de la Constitution aient souhaité ne pas hypothéquer le futur, et laissé ouverte la possibilité de recourir aux décrets-lois à l'avenir. Telle est du moins la thèse de Jacques Soubeyrol : *« tout se passe comme si, répugnant aux solutions extrêmes, [la commission] tenait à formuler une condamnation de principe, tout en sachant que ce ne serait qu'un « coup d'épée dans l'eau ». »*[312]

323. Effectivement, malgré l'avertissement de René Capitant, la Commission de la constitution adopte *en conscience* la formulation du projet d'article 13 relative à l'interdiction de « déléguer » le pouvoir législatif. Les propos de Pierre Cot en témoignent. Major du concours d'agrégation de droit public en 1922, il connaît parfaitement la jurisprudence du Conseil d'Etat et n'ignore pas que les décrets-lois ne sont point comparables à des « délégations législatives ». Et pourtant, il considère *« qu'il faut laisser au texte une certaine souplesse et qu'il suffit de mettre dans la constitution le principe de l'interdiction de la délégation du pouvoir législatif »*[313]. Cette opinion est encore partagée par le républicain populaire Paul Viard, agrégé d'histoire du droit, qui indique *« qu'il est largement suffisant d'inclure dans la constitution le principe de la non-délégation ; car il faut distinguer entre les vrais décrets-lois, qui sont des délégations de fonction, et les faux-décrets-lois, qui sont des délégations de matière »* [314]. René Capitant concède finalement – en dépit de son avertissement précédent (*cf. supra*, n°317) – qu'il faut *« se borner à l'affirmation que le pouvoir législatif ne peut être délégué »*[315]. Ainsi, l'interdiction de « déléguer » le pouvoir législatif est adoptée à l'unanimité, à l'initiative de ceux qui – agrégés de droit (René Capitant, Pierre Cot et Paul Viard) – savent parfaitement que les décrets-lois ne sont pas comparables à des délégations législatives.

324. Faut-il y voir, comme Jacques Soubeyrol, un acte de mauvaise foi ? Une duperie imaginée par les professeurs de droit pour préserver l'avenir, tout en laissant croire à une interdiction véritable des décrets-lois ? En votant l'article 13, l'Assemblée constituante a-t-

---

[311] PINTO, R., « La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *RDP*, 1948, p.517-545, spéc. p.536

[312] SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la IVe République,* Thèse, 1955, 232 pages, p.55 et s., spéc. p.61

[313] Séances de la Commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.102

[314] *ibid.*

[315] *ibid.,* p.103

elle été *« un peu complice »*[316] ? Il semble que non. En effet, comme on l'a démontré, l'hostilité aux décrets-lois est générale et sincère à la Libération. Pierre Cot et René Capitant y voient tous deux une des causes de la « dégénérescence » de la République (*cf. supra*, n°284 s.). La volonté d'en finir avec les lois de pleins-pouvoirs est réelle. En outre, il ne faut pas sous-estimer la *« la force créatrice »*[317] de l'article 13, en dépit de sa formulation ambiguë. Dans un contexte de refondation de la République par la loi, elle permet de réaffirmer le monopole du Parlement dans l'exercice de la souveraineté nationale. D'autant que, dans l'imaginaire collectif, ou par facilité de langage, les décrets-lois demeurent assimilés à des « délégations législatives » ou des manifestations d'une « législation déléguée »[318] ; le Conseil d'Etat emploie lui-même fréquemment l'expression[319]. Ainsi entendue, il n'est pas certain que la rédaction d'une interdiction de « déléguer » le pouvoir de légiférer n'ait pas réellement et sincèrement été envisagée, y compris par les commissaires majoritairement juristes, comme une interdiction des décrets-lois. Quoi qu'il en soit, que l'on retienne la thèse de Jacques Soubeyrol ou non, il est certain qu'en votant cette disposition, les Assemblées constituantes ont *expressément* refusé de conférer à l'Exécutif des fonctions de législation primaire, sur habilitation législative. En réduisant ses fonctions normatrices à « l'exécution des lois », elles ont *implicitement* écarté toute consécration du pouvoir réglementaire autonome.

B- Le refus implicite des reglements autonomes

325. Le pouvoir réglementaire autonome n'a pas pour spécificité d'être autonome de la loi dans son fondement, mais dans son champ d'application. Il est le pouvoir d'édicter *spontanément* (hors de toute habilitation législative) des règlements en matière *non déjà légiférée,* soit à raison de l'inoccupation du champ par la loi, soit que la matière relève d'une réserve réglementaire, et *non réservée à la loi* (*cf. infra,* n°484 s., 645 s.). Or, les Assemblées constituantes renouent avec le principe de la souveraineté parlementaire, c'est-à-dire avec l'idée d'une identité entre les fonctions primaires de législation et la législation

---

[316] SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la Quatrième République, op. cit.,* p.69

[317] L'expression est de Georges Ripert (*Les forces créatrices du droit,* 2e éd., 1955, LGDJ, coll. Reprint, 1998, 423 pages)

[318] On lit ainsi, dans le projet constitutionnel de Michel Debré, paru en avril 1944 : *« Pour éviter que le Parlement, par excès d'activité ou par excès d'effacement, ne perde la face aux yeux de la nation, il est normal de lui fixer par voie constitutionnelle un domaine réservé qu'il ne peut déléguer.* » (art. 32) ; Aujourd'hui encore, on emploie fréquemment l'expression (v. TUSSEAU, G., « La législation déléguée », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprématie de la Constitution ,* Paris : Dalloz, 2012, 825 pages, p.606-657)

[319] v. les exemples en jurisprudence cités par STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* p.343

parlementaire[320]. Dans cette conception, le domaine de la loi est celui de l'acte initial[321], le domaine du règlement celui de l'acte secondaire et dérivé ; elle exclut, par définition, l'existence du pouvoir réglementaire autonome. En subsumant les fonctions métropolitaines de législation gouvernementale sous la fonction d'exécution des lois (article 47), la Constitution du 27 octobre 1946 refuse implicitement mais assurément de consacrer le pouvoir réglementaire autonome (1). Quant à l'outre-mer, le partage des fonctions de législation primaire entre l'Exécutif et l'Assemblée nationale est réel, mais inassumé (2).

1) L'inadmission assumée du pouvoir réglementaire autonome métropolitain

326. L'idée de reconnaître le pouvoir réglementaire autonome figure au sein de plusieurs projets constitutionnels de la Résistance (*cf. supra,* n°227 s.). On ne la retrouve pourtant pas parmi les propositions de loi constitutionnelle déposées par les partis politiques à l'automne 1945. L'idée reparaît cependant à l'initiative du MRP à l'ouverture des travaux de la première commission de la Constitution. Le 12 décembre 1945, Michel Devèze sollicite de la commission la détermination des domaines de la loi et du règlement[322]. Le lendemain, 13 décembre, alors que la discussion s'engage sur l'interdiction des décrets-lois à la demande des communistes, c'est le socialiste Paul Valentino qui invite ses collègues à définir le domaine de la loi[323]. La commission n'est pas disposée à s'engager sur ce terrain, car elle vient de réaffirmer le monopole de l'Assemblée nationale dans l'exercice de la souveraineté nationale, affichant par-là sa volonté de renouer avec la conception organique et formelle de la loi (*cf. supra*, n°313), laquelle exclut l'existence d'un domaine ouvert au pouvoir réglementaire autonome. Ces considérations théoriques, enracinées dans les principes de 1789 imprègnent, sans aucun doute, les débats devant les Assemblées nationales constituantes de 1945-1946. Des considérations pratiques se superposent à cet idéal inexprimé de la culture républicaine.

327. Ainsi, le 13 décembre 1945, répondant à son collègue qui souhaiterait que la Commission de la constitution définît le domaine de la loi, René Capitant remarque que :

> « si la commission entre dans une discussion sur ce qui est matière de la loi et matière des décrets, elle se transformera en académie et n'arrivera pas à se mettre

[320] *« Le souverain seul est capable de faire acte de volonté première, c'est-à-dire initiale, inconditionnée, ne reposant que sur sa propre force de puissance. »* (CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 pages, spéc. p.32)

[321] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.84-85

[322] Séances de la Commission, 12 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.81

[323] Séances de la Commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.103

d'accord dans le laps de temps prévu pour l'élaboration de la constitution. Il propose de s'en tenir à la notion simple : est loi ce qui est voté par le parlement »[324].

Les considérations pratiques comptent donc au moins autant que les considérations théoriques dans le refus de doter l'Exécutif d'un pouvoir réglementaire autonome. Sous la IVe République, elles demeureront le principal obstacle à la détermination *ne varietur* des domaines de la loi et du règlement (cf. infra, chapitre 7). Pour l'heure, René Capitant convainc ses collègues de s'en tenir à une définition organico-formelle de la loi. Dans la foulée, la commission de la Constitution adopte à l'unanimité le texte qui deviendra les articles 66 et 13 des deux projets de constitution.

328. La question n'est pourtant pas définitivement abandonnée. Elle reparaît, le 15 avril 1946, à l'occasion de la discussion, en séance publique, d'un amendement (au texte du futur article 66) du député Jean-Pierre Giraudoux[325] ainsi rédigé :

> « Sont obligatoirement prises sous forme de lois les mesures relatives aux libertés publiques, aux statuts des personnes et des biens, à l'organisation des services publics, à l'organisation judiciaire, au budget, aux impôts.
>
> Sauf dispositions législatives contraires, toutes autres mesures peuvent être prises par voie de dispositions réglementaires.
>
> L'Assemblée nationale ne peut déléguer le Gouvernement le pouvoir législatif défini par le présent article. »[326].

Cette proposition revient à consacrer, au niveau formellement constitutionnel, l'existence d'une réserve de loi et, par conséquent, la détermination d'un champ laissé ouvert, dans les autres matières, au pouvoir réglementaire autonome de l'Exécutif. Se défendant de réintroduire les décrets-lois[327] par une voie détournée – on sait l'hostilité dont ils font alors l'objet – Jean-Pierre Giraudoux rappelle que sa proposition figurait déjà dans le projet constitutionnel du MRP (*cf. supra*, n°310) et qu'il a précisément pour fonction d'éviter le recours à la délégation législative *« en délimitant la tâche de l'Assemblée nationale, et en*

---

[324] *ibid.*

[325] Jean-Pierre Giraudoux, fils de Jean Giraudoux, entre en Résistance, à Londres, auprès du général de Gaulle, dont il intègre le cabinet en 1945. Elu plus jeune député de France sous l'étiquette MRP en 1945, il est exclu du parti en mars 1946 à raison de ses opinions gaullistes. C'est à cette date qu'il rédige et dépose, en son nom propre, une proposition de loi constitutionnelle sur le bureau de l'Assemblée nationale constituante. (« Jean-Pierre Giraudoux », *in : Dictionnaire des parlementaires français, 1940-1958,* t.4, Paris : La Documentation française, 2005, 567 pages, spéc. p.199-200)

[326] J. O., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 2e séance du 28 mars 1946, annexe n°784, p.762 et s., spéc. p.765. Cette proposition de loi constitutionnelle n'a jamais véritablement été étudiée, y compris par Jeannette Bougrab.

[327] *« Vous me direz, Monsieur le rapporteur général, que mon amendement tend à constitutionnaliser les décrets-lois. Je vous répondrai que, bien au contraire, il évite que le besoin s'en fasse sentir »* (*ibid.*)

augmentant ainsi son efficacité et son rendement »[328]. En définitive, cette rationalisation des fonctions de législation est présentée comme une revalorisation du travail parlementaire. Le même registre sera invariablement mobilisé, sous la IVe République et spécialement en 1958, pour justifier les projets de coordination des domaines de la loi et du règlement (*cf. infra,* n°1007 et n°1053 s.)

329. Le rapporteur général, Pierre Cot, refuse de s'engager sur ce terrain et ferme la voie, pour la seconde fois et définitivement, à la consécration du pouvoir réglementaire autonome. Ses arguments reposent, là encore, sur des raisons d'ordre pratique, qui masquent les soubassements théoriques réels qui motivent ce refus. Le rapporteur général, bien que conscient du *« plus grand danger »* qu'il y aurait à ce que le Parlement se charge de légiférer *« en détail sur toutes les petites questions »*[329]*,* répond à Jean-Pierre Giraudoux :

> « [I]l n'est pas possible que ce soit une loi écrite qui délimite ces champs respectifs. La question de savoir ce qui est du domaine de la loi et ce qui est du domaine du règlement doit être réglée par la pratique, par la coutume suivant les circonstances. (…)
>
> La loi est une règle générale, et le règlement doit préciser dans quelle mesure doit s'appliquer cette loi. (…) Que [Monsieur Giraudoux] laisse faire le temps, la pratique, et le roi qui s'appelle l'Assemblée nationale. (Sourires et applaudissement à gauche et à l'extrême gauche).
>
> Je le répète, dans le domaine de la délimitation des questions à soumettre au Parlement, il faut laisser faire la coutume. (…) Tout ce que nous pouvons affirmer, c'est que le domaine de la loi est le domaine de la règle générale ; c'est le domaine de ce qu'il y a d'important dans une nation. Mais il appartient évidemment, en fonction des circonstances, qui varient, à l'Assemblée nationale de faire ce départ. »[330]

Ces propos de Pierre Cot révèlent combien les considérations théoriques (l'idéal de la conception organico-formelle de la loi) et pratiques (l'impossibilité de déterminer un critère fixe) s'entremêlent dans le refus de consacrer l'existence du pouvoir réglementaire autonome et d'identifier un champ laissé ouvert à son intervention. Les mêmes considérations expliquent pourquoi cette idée demeure difficilement admissible tout au long de la IVe République (*cf. infra,* n°1018 s.). Cette séance du 15 avril 1946, et le rejet de la proposition Giraudoux enterrent, quoi qu'il en soit, la question du pouvoir réglementaire autonome pour la suite du processus constituant. En particulier, aucune des quatre propositions de loi

---

[328] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°48, 2e séance du 15 avril 1946, page 1843
[329] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°48, 2e séance du 15 avril 1946, page 1844.
[330] *ibid.*

constitutionnelle[331] déposées sur le bureau de la seconde Assemblée nationale constituante ne fera mention d'une quelconque initiative en la matière[332]. Pour la Métropole, l'inadmission du pouvoir réglementaire autonome est donc assumée. La discussion ambivalente du futur article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 redonne un intérêt – tardif – à la question, sans qu'il soit permis d'y voir l'admission explicite d'une telle prérogative.

2) L'admission inassumée du pouvoir réglementaire autonome ultra-marin

330. En 1946, l'élaboration du nouveau régime législatif des départements et territoires d'outre-mer est révélatrice des ambiguïtés, et des héritages conflictuels complexes, qui entourent la question du pouvoir réglementaire à la Libération. La volonté d'en finir avec le régime du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 est conforme à l'idéal républicain du monopole de l'Assemblée nationale dans l'exercice des fonctions primaires de législation (a). En dépit de ces affirmations de principe, l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 consacre l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome ultra-marin, largement inassumé (b).

a) La volonté d'en finir avec le Sénatus-consulte *du 3 mai 1854*

331. Sous la troisième République, le régime législatif des colonies était déterminé par *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, réceptionné à valeur de loi dans l'ordre juridique des lois constitutionnelles de 1875 (*cf. infra,* n°391 s.). Ce texte réservait à la loi parlementaire la régulation de certaines matières en certaines colonies et laissait au pouvoir réglementaire du Président de la République la régulation des autres matières dans les autres colonies[333]. En établissant ainsi une coordination – législative – des champs d'application matériel et spatial des habilitations à produire des lois et règlements, le *Sénatus-consulte* reconnaissait, *de facto,* sinon *de jure*, au Président de la République un pouvoir réglementaire autonome[334].

---

[331] La SFIO, le MRP et le Parti Républicain de la Liberté (PRL) ainsi que Jacques Bardoux, en son nom propre, déposent chacun un projet :
- Projet socialiste : J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 26 juin 1946, n°23, p.8 s.
- Projet Bardoux : J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 26 juin 1946, n°35, p.27 et s.
- Projet MRP : J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 4 juillet 1946, n°68, p.61 et s.
- Projet PRL : J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 18 juillet 1946, n°166, p.291 et s.

[332] Les quatre projets prennent pour base le projet de constitution d'avril et n'apportent aucune modification substantielle à la disposition de l'ancien article 66 aux termes duquel *« L'Assemblée nationale a seule le droit de légiférer. Elle ne peut déléguer ce droit à quiconque en tout ou en partie ».* v. respectivement, articles 56, 73, 45 et 52 des quatre projets.

[333] v. ROLLAND, L., LAMPUE, P., (*et al.*), *Législation et finances coloniales,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930, 784 pages, spéc. p.44-48.

[334] Il faut, en effet, relativiser le propos. Le *Sénatus-consulte* n'ayant qu'une valeur législative sous la troisième République, le législateur parlementaire pouvait s'affranchir de cette détermination matérielle, sortir de son

332. En reconnaissant à l'article 66 que, *« les lois de la République sont applicables dans les départements et territoires d'outre-mer »,* le projet d'avril 1946, tout en maintenant un strict principe d'assimilation, avait implicitement abrogé le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 et les larges pouvoirs qu'il conférait, en la matière, au Président de la République. Les propositions de loi constitutionnelles déposées par les partis politiques à l'été 1946 ne proposent aucune modification sur ce point, à l'exception de celle du MRP qui confie à une Assemblée de l'Union française, sans aucune autre précision, le vote des lois applicables à l'ensemble de l'Union française[335]. Aucune innovation ne figure non plus, sur cette question, dans l'avant-projet de constitution présenté par Paul Coste-Floret au nom de la seconde commission de la Constitution le 2 août 1946[336].

333. La question de l'Union française est, en réalité, réservée jusqu'au 11 septembre 1946, date à laquelle le Gouvernement, auditionné par la commission, lui propose un projet de texte constitutionnel[337]. Ce projet gouvernemental exclut, là encore, toute forme de pouvoir réglementaire ultra-marin ; le législateur métropolitain demeure seul compétent pour intervenir dans les départements et territoires d'outre-mer, mais l'avis obligatoire de l'Assemblée de l'Union française – représentant les populations ultra-marines – est requis en certaines matières[338]. Le 19 septembre, c'est Paul Ramadier, docteur en droit, qui, le premier, pose expressément la question de savoir si, selon l'interprétation que l'on retiendra de l'article 13 de la Constitution, il sera mis fin ou non au pouvoir réglementaire étendu donné à l'Exécutif dans les territoires d'outre-mer[339], ce qui revient à poser la question de la

---

domaine et, donc, s'emparer de matières nouvelles ou « réservées » à l'Exécutif, annihilant par-là les possibilités d'intervention du Président de la République sur ces mêmes matières. La réintroduction de cette dimension hiérarchique exclut que l'on puisse y voir une pure coordination des domaines. (TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.423). Par ailleurs, et par conséquent, sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875, le large pouvoir réglementaire ultra-marin reconnu au Président de la République est le résultat d'une habilitation législative (les règlements coloniaux s'apparentant alors à des décrets-lois), non un véritable pouvoir réglementaire autonome, tel que défini en début de paragraphe. (*cf. infra,* n°395 s.)

[335] Article 56 de son projet, v. J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 4 juillet 1946, annexe n°68, p.62

[336] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 2 août 1946, annexe n°350, p.291 et s.

[337] Séances de la Commission, 11 septembre 1946, CRA, 2ème ANC, p.477 et s.

[338] Il faut, en réalité, dans le projet gouvernemental, distinguer deux situations. L'article 13 du projet donne au Parlement ou au Gouvernement la possibilité de consulter l'Assemblée de l'Union française (AUF) sur toutes propositions ou de tous projets de loi sur lesquels ils entendent recueillir son avis (selon les mots mêmes du ministre de la France d'Outre-Mer, Marius Moutet. v. Séances de la Commission, 11 septembre 1946, CRA, 2ème ANC, p.485) L'article 14 rend obligatoire l'avis de l'AUF sur tous les projets et propositions de loi applicables aux territoires d'outre-mer (TOM), sur l'extension des lois qui ne leur auraient pas été déclarées applicables ainsi que sur les décrets auxquels certaines lois peuvent renvoyer pour leur application (*ibid.*)

[339] v. *supra,* n°321, note n°308

survivance du régime du *Sénatus-consulte* de 1854[340]. Pierre Cot s'y oppose fermement[341]. Le rapporteur général, Paul Coste-Floret, et le Gouvernement semblent, quant à eux, admettre l'utilité qu'il y aurait à laisser à l'Exécutif d'importantes fonctions primaires de législation pour l'outre-mer, conformément à la pratique antérieure[342]. Mais la position du Gouvernement n'est pas très assurée : le ministre d'Etat, Alexandre Varenne, affirme clairement que le *« régime des décrets »,* issu du *Sénatus-consulte, « est abrogé par le nouveau texte »*[343]. Pourtant, à la question de Pierre Cot – *« acceptez-vous de supprimer le régime* [du *Sénatus-consulte*] *et de le dire ? »* – le commissaire du Gouvernement, Henri Laurentie, répond que le projet gouvernemental *« a été rédigé, à notre demande, par un professeur de droit qui a eu la pensée de maintenir en vigueur le senatus-consulte. »*[344].

334. Le lendemain, Pierre Cot – qui craint le retour au régime du *Sénatus-consulte* – propose de réserver, pour l'outre-mer, certaines matières à la loi parlementaire (la législation criminelle et les libertés publiques)[345]. Paul Ramadier propose de laisser à l'Exécutif, dans les autres matières, le droit d'étendre la loi parlementaire ou de prendre des dispositions particulières à chaque territoire, après avis de l'Assemblée de l'Union française[346]. En adoptant ces propositions, la commission de la Constitution renoue – en dépit des positions de principe – avec la pratique d'un large pouvoir réglementaire autonome de l'Exécutif dans les territoires d'outre-mer.

b) Une consécration purement latente

335. En réservant à la loi parlementaire la régulation de certaines matières, et en laissant à l'Exécutif le pouvoir d'édicter des dispositions *« en toutes autres matières »*, l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 consacre implicitement mais nécessairement l'existence d'un

---

[340] Car – comme on le démontrera (*cf. infra,* n°395 s.) –le *Sénatus-consulte* de 1854 s'analyse *stricto sensu* comme une loi d'habilitation. Poser la question de l'interprétation de l'article 13 interdisant à l'Assemblée nationale de « déléguer » le droit de légiférer, revient à poser la question de la survivance de l'habilitation contenue dans le *Sénatus-consulte.*

[341] *« Vous avez toujours les yeux fixés sur le passé. Nous sommes des constituants ; (...) Nous entendons interdire la délégation du pouvoir législatif et abroger les senatus-consulte. C'est pourquoi, je propose une disposition ainsi conçue : « Les senatus-consulte des 3 mai 1854 et de 1866 sont abrogés ».* (Séances de la Commission, 19 septembre 1946, CRA, 2ème ANC, p.572)

[342] *ibid.*, p.570-571

[343] *ibid.,* p.571

[344] *ibid.*

[345] Séances de la Commission, 20 septembre 1946, CRA, 2ème ANC, p.602

[346] *ibid.*

pouvoir réglementaire autonome ultra-marin[347]. Pour autant, cette consécration est largement inassumée par les constituants ; elle s'exprime de façon latente par la référence à la réserve de loi, formulée à l'article 72 alinéa 1er du texte constitutionnel, impliquant l'existence de matières non réservées à la loi, laissées ouvertes à la compétence du Président de la République.

336. En vérité, le pouvoir réglementaire autonome ultra-marin fait figure « d'impensé » constitutionnel. Le contexte d'élaboration de l'article 72 en témoigne : réservée jusqu'au 11 septembre 1946, la question de la distribution des fonctions de législation ultra-marine n'est tranchée que le 21 septembre 1946 par la commission de la Constitution – c'est-à-dire dans les ultimes jours du processus constituant – sans avoir fait l'objet d'une réflexion approfondie. Surtout, la consécration du pouvoir réglementaire autonome ultra-marin est presque accidentelle ; les 20 et 21 septembre, des modifications successives et isolées ont donné à l'article 72 sa teneur définitive sans qu'existe un véritable consensus entre les auteurs des amendements sur le dispositif ainsi élaboré. Enfin, le texte n'a fait l'objet d'aucune discussion sérieuse en première et seconde lecture par l'assemblée plénière, adopté sans modification, les 21 et 28 septembre 1946[348]. En définitive, le pouvoir réglementaire autonome ultra-marin est porteur des héritages conflictuels complexes qui entourent la législation gouvernementale en général, à la Libération. L'idéal structurel de refondation de la République par la loi est confronté aux nécessités conjoncturelles d'en finir avec le processus constituant sans bouleverser les équilibres du tripartisme. Déjà la « République des contradictions » perce sous la « République des illusions » (G. Elgey).

337. De l'étude des onze mois de processus constituant, il résulte donc que les Assemblées ont refusé de reconnaître à l'Exécutif toute espèce de fonctions primaires de législation (décrets-lois ou règlements autonomes). Ce faisant, les députés ont refusé d'élaborer une

---

[347] « Dans les territoires d'outre-mer, le pouvoir législatif appartient au Parlement en ce qui concerne la législation criminelle, le régime des libertés publiques et l'organisation politique et administrative.

En toutes autres matières, la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre-mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union.

En outre, par dérogation à l'article 13, des dispositions particulières à chaque territoire pourront être édictées par le président de la République en Conseil des ministres sur avis préalable de l'Assemblée de l'Union. »

[348] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°97, séance du 21 septembre 1946, page 3925 et J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°103, 2e séance du 21 septembre 1946, page 4212. Seul Ferhat Abbas propose, en commission, le 26 septembre de supprimer la disposition qui habilite le Président de la République à intervenir par décret, dans les territoires d'outre-mer, dans les matières non expressément réservées à la loi. Son amendement est rejeté par le président André Philip, pour la raison suivante : *« Il est impossible de remettre en cause le statut de l'Union française qui n'a été établi qu'au prix des difficultés que l'on sait. »* et *« demande à M. Ferhat Abbas de ne pas insister ».* (Séances de la Commission, 26 septembre 1946, CRA, 2ème ANC, p.734)

« nouvelle séparation des pouvoirs »[349] (M. Troper). La volonté de refonder la République par la loi, et de renouer avec les principes de 1789, les conduit à réaffirmer la spécialisation fonctionnelle dualiste classique.

§2. La réaffirmation de la spécialisation fonctionnelle dualiste classique

338. La réception fondatrice de la « mythologie » de 1789 pour refonder la République par la loi étouffe la réflexion sur la recomposition des fonctions de l'Etat, engagée dans les années 1930 (*cf. supra,* n°202 s.). Les Assemblées constituantes renouent, au contraire, avec la spécialisation fonctionnelle dualiste classique – héritée du XVIIIe siècle – opposant la législation à l'exécution[350], chacune exercée par un organe distinct, et hiérarchisées entre elles. Pour autant, les députés ont conscience de l'intérêt qu'il y aurait à rationaliser les fonctions de législation. D'emblée, on envisage de confier un pouvoir législatif aux commissions parlementaires, censé constituer une alternative aux décrets-lois (A). Mais l'idée est perçue – par le MRP – comme une atteinte à la spécialisation fonctionnelle. Le pouvoir réglementaire subsiste à condition d'être subsumé sous la fonction d'exécution des lois (B).

A- LEGIFERER EN COMMISSIONS : UNE ALTERNATIVE AUX DECRETS-LOIS

339. Dans les dernières années de la troisième République, les lenteurs de la procédure législative sont unanimement dénoncées[351]. Aussi, à la Libération, les parlementaires cherchent à rationaliser le travail législatif dans le sens d'une plus grande efficacité[352]. On a conscience qu'il faut distinguer les fonctions de législation pour décharger le Parlement des mesures de détail, urgentes ou trop techniques (1). Mais le refus des décrets-lois et des règlements autonomes conduit à envisager de confier ces fonctions autonomes de législation, non à l'Exécutif, mais aux commissions parlementaires (2)[353].

---

[349] TROPER, M., « Les nouvelles séparations des pouvoirs », *in :* BAUME, S., BIANCAMARIA, F., *Les usages de la séparation des pouvoirs,* Paris : Michel Houdiard Editeur, avril 2008, 192 pages, spéc. p.17-37.

[350] EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.291-311, spéc. p.295-297

[351] v. PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République, op. cit.,* p.320 et s.

[352] BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République, op. cit.,* p.434 et s

[353] De semblables dispositions figurent dans la Constitution italienne de 1947. (PIERANDREI, F., « Les commissions législatives du Parlement italien », *Revue française de science politique,* juillet-septembre 1952, p.557-580 ; GOGUEL, F., « La procédure italienne de vote des lois par les commissions », *Revue française de science politique,* octobre-décembre 1954, p.836-842)

1) Distinguer les fonctions de législation essentielles et accessoires : la législation-cadre

340. En 1945-1946, les députés ont conscience de la nécessité qu'il y a de décharger le Parlement d'une partie de sa fonction législative, en distinguant ce qui relève de la législation essentielle de ce qui relève de la législation accessoire. La modernisation et l'efficacité des méthodes parlementaires semblent d'ailleurs indispensables pour en finir avec les décrets-lois. Les propos de René Capitant, le 13 décembre 1945, en témoignent :

> « Le problème des décrets-lois n'est pas tant une question de conflit entre les prérogatives du pouvoir législatif et celles du pouvoir exécutif qu'une conséquence des défauts de la procédure parlementaire d'avant-guerre (…). Si le futur Parlement est capable d'agir rapidement, il n'y aura pas de décrets-lois. »[354]

Son collègue Pierre Cot partage ce constat :

> « La procédure des décrets-lois, dont on a abusé avant la guerre, était, pour la plus large part, le résultat de l'engorgement du travail parlementaire. Le parlement n'était pas adapté aux nouvelles tâches qui lui incombaient, notamment en matière économique. Le moteur était vieux et ne pouvait pas débiter dix fois plus que n'avaient prévu ses créateurs. »[355]

341. En résumé, il faut moderniser la procédure parlementaire pour donner à l'Assemblée nationale, les moyens effectifs de *« diriger l'ensemble des activités gouvernementales »*[356]. L'idée de renouer avec les principes de 1789 s'accompagne donc d'une réelle réflexion sur la réforme du système parlementaire. Les 13 et 14 décembre 1945, Pierre Cot propose ainsi de dédoubler les fonctions de législation :

> « Une distinction logique peut être faite entre les lois constitutionnelles, les lois générales et les textes d'importance secondaire. Ces derniers pourraient être adoptés par une commission parlementaire, à condition que la loi générale à laquelle ils se rapportent ait été votée par une majorité des deux tiers à l'assemblée »[357].
>
> « Il y a des distinctions à faire dans la matière législative. (…) [On] devra faire une distinction entre les projets de loi de principe, à discuter nécessairement en séance plénière, et les projets de loi d'application qui pourront être discutés par les commissions »[358]

L'idée est donc d'établir une distinction entre la « législation de principe » (ou la législation-cadre) et la « législation d'application ». Le dispositif est relativement courant

---

[354] Séances de la Commission, 13 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.103

[355] Séances de la Commission, 14 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.106. Il constate d'ailleurs que : *« les décrets-lois ont été essentiellement la conséquence d'une procédure législative trop lente et trop lourde. Il faut, à l'heure actuelle, trouver le moyen pour l'assemblée de faire exercer, sous son contrôle, certains de ses pouvoirs par ses commissions »* (*ibid.,* p.105)

[356] Propos de Pierre Cot (Séance de la Commission, 14 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.107)

[357] *ibid.*, p.104

[358] *ibid.,* p.106

dans les Etats fédéraux ; il revient à instituer un *« rapport de prévalence atypique »*[359] entre les habilitations de deux acteurs distincts, hiérarchiquement situés. Déjà Léon Blum, en 1936, proposait de s'en tenir à un semblable système, en renvoyant à des RAP le développement des principes posés par les lois (*cf. supra*, n°184, note n°238). La nouveauté est ailleurs. La défaveur qui entoure le pouvoir réglementaire à la Libération conduit les députés à envisager de confier la législation accessoire, non à l'Exécutif, mais aux commissions parlementaires.

2) Rationaliser les fonctions de législation sans rompre avec la spécialisation fonctionnelle

342. Dès l'entre-deux-guerres, le renforcement fonctionnel des commissions parlementaires est envisagé comme une méthode de modernisation du système parlementaire, sans nécessairement renforcer les pouvoirs de l'Exécutif[360]. En 1945, la déconcentration des fonctions de législation vers les commissions parlementaires est effectivement pensée, par Pierre Cot, comme une alternative aux décrets-lois (a). Son projet, inégalement accueilli, ne trouvera aucune consécration dans le droit constitutionnel de la IVe République française (b).

a) Conférer aux commissions parlementaires des fonctions secondaires de législation : le projet Cot

343. Afin de rationaliser les fonctions de législation sans rompre avec la spécialisation fonctionnelle chère au modèle républicain (*cf. supra,* introduction générale, n°44), Pierre Cot est à l'initiative d'une proposition de déconcentration du pouvoir législatif vers les commissions parlementaires. L'idée figure déjà dans certains projets constitutionnels de la Résistance (*cf. supra,* n°232 s.). Elle est, sans surprise, réceptionnée à la Libération comme une alternative aux décrets-lois : le 14 décembre 1945, Pierre Cot présente à la commission de la Constitution un amendement constitutionnel en trois articles :

> « Article premier – L'assemblée générale [sic] exerce le pouvoir souverain, au nom du peuple français, conformément aux règles constitutionnelles. (…) D'une façon générale, elle dirige l'ensemble des activités gouvernementales.
>
> Article 2 – L'assemblée fixera, par la voie de son règlement les méthodes lui permettant d'accomplir ses tâches. Les « lois de principes » (seront considérées comme lois de principe celles qui se rapportent à l'organisation des lois ou des pouvoirs publics, au règlement des questions internationales, à la structure

[359] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.454

[360] Nicolas Roussellier ne manque pas de le remarquer : *« l'extension du rôle des commissions représentait un moyen de modernisation du gouvernement parlementaire sans risquer de renforcer le pouvoir ministériel au détriment des libertés parlementaires »* (ROUSSELLIER, N., « Gouvernement et Parlement dans l'entre-deux guerres », *art. cit.,* p.114)

économique et sociale du pays) seront discutées et votées, et les questions de politique générale seront débattues en séance publique et en assemblée plénière. Les « lois d'application » pourront être discutées et votées, et le contrôle de l'activité ministérielle pourra s'accomplir en séance publique, dans des commissions agissant en qualité d'organes de l'assemblée et sous son contrôle.

Article 3 – Pendant les intersessions, le contrôle de l'activité gouvernementale sera assuré par le bureau de l'assemblée, siégeant en commission de politique générale. La commission de politique générale exercera les droits de l'assemblée. (…) En cas d'urgence, et sur la demande du président du Conseil, la commission de politique générale pourra modifier provisoirement la législation existante ; mais elle devra alors immédiatement convoquer l'assemblée et lui rendre compte de son action »[361].

De l'idée qu'il existe une distinction à faire entre « lois de principe » et « lois d'application » découle ainsi l'idée que la production des secondes doit appartenir aux commissions parlementaires. Aux yeux de Pierre Cot, le système aboutirait à décharger l'Assemblée plénière d'une partie de ses fonctions de législation, sans rompre avec la spécialisation fonctionnelle, c'est-à-dire sans augmenter corollairement les fonctions de législation de l'Exécutif. Le projet a le mérite de proposer une alternative à la pratique des décrets-lois, unanimement condamnée par la commission de la Constitution. Il est pourtant fort mal accueilli par le MRP qui y voit précisément une atteinte à la spécialisation fonctionnelle, au profit du Parlement. Il ne trouvera aucune consécration constitutionnelle.

b) Un projet inégalement accueilli : le spectre de la confusion fonctionnelle

344. Débattu et accepté sur le principe, le projet de Pierre Cot se heurte néanmoins à la difficulté d'identifier un critère indiscutable de différenciation des matières législatives, selon qu'elles seront essentielles ou accessoires[362]. Les critiques proviennent surtout du MRP qui y voit paradoxalement une atteinte à la spécialisation fonctionnelle. Confier aux commissions parlementaires des fonctions de législation secondaire des lois, n'est-ce pas précisément une confusion des fonctions de législation et d'exécution au profit du Parlement ? François de

[361] Séances de la Commission, 14 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.107-108

[362] Le président André Philip, résumant ainsi les débats, indique *« qu'il a l'impression que la majorité de la commission est d'accord sur la nécessité de faire une distinction entre les lois de principe et les lois d'application, tout en se rendant compte que cette distinction ne peut sortir que de la pratique »* (Séances de la Commission, 14 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.110). Les commissaires affichent effectivement leur crainte de ne pas parvenir à établir une discrimination hiérarchique claire. Le socialiste Lussy souligne en ce sens *« combien il est malaisé de discriminer les projets de lois d'intérêt général et les autres »* (*ibid.,* p.109), cette difficulté se double du déficit de légitimité qui affecterait les lois d'application ainsi élaborées : *« les lois qui auraient échappé à la discussion de l'assemblée seraient soumises à la critique de celle-ci et leur autorité en serait diminuée »* (*ibid.,* p.109). Le républicain-populaire Paul Viard insiste sur *« l'extrême difficulté de différencier les matières donnant lieu à des lois de celles qui pourront être réglées par des décrets »* (*ibid.,* p.109). Le socialiste Pierre-Emmanuel Guillet demande que *« le domaine de l'assemblée plénière et celui des commissions soit défini en termes précis »* (*ibid.,* p.111)

Menthon reproche, en effet, à la proposition Cot *« d'organiser le gouvernement par les commissions »* ; il craint le régime d'assemblée et l'atteinte à la séparation des pouvoirs[363]. Le MRP redoute également qu'un tel projet encourage le « corporatisme » des commissions[364] et préfère y substituer un système qui associerait des organes techniques – tels le Conseil d'Etat – à l'élaboration des lois ou de la législation secondaire[365]. La gauche craint, quant à elle, que l'attribution d'un pouvoir législatif aux commissions parlementaires batte en brèche le principe de la souveraineté de l'Assemblée nationale[366] ou atténue la légitimité des lois élaborées en commission[367]. Pour y remédier, les socialistes et les communistes s'entendent pour que le pouvoir législatif ainsi attribué aux commissions soit subordonné à la publicité de leurs séances et que l'Assemblée nationale, en formation plénière, conserve un droit d'évocation, à une majorité qualifiée, sur les lois ainsi élaborées[368].

345. En définitive, sous réserve de ces deux conditions de publicité et d'évocation, le principe de l'attribution de fonctions secondaires de législation aux commissions parlementaires est adopté par 23 voix contre 20 dans la séance du 14 décembre 1945. Dans son rapport général sur le premier projet de Constitution présenté le 5 avril 1946, Pierre Cot y

---

[363] v. les propos de François de Menthon qui *« fait remarquer que M. Pierre Cot paraît tenir pour acquis l'accord de la commission sur la thèse du gouvernement d'assemblée. L'orateur n'accepte pas cette thèse, il s'agit de supprimer toute distinction de fonctions entre le législatif et l'exécutif »* (Séances de la Commission, 14 décembre 1945, CRA, 1ère ANC, p.109). Plus loin il réitère son désaccord avec Pierre Cot en indiquant que *« dans l'esprit de celui-ci, le but est d'organiser le gouvernement par les commissions. Pour sa part, l'orateur veut que l'exécutif soit bien distinct du législatif ».* (*ibid.,* p.111)

[364] v. les propos de Daniel Boisdon : *« si on délègue un certain pouvoir législatif aux commissions, celles-ci auront tendance à faire prédominer les intérêts qu'elles représentent : la commission de l'agriculture, par exemple, s'inspirera trop exclusivement des préoccupations du monde agricole »* (*ibid.,* p.109). v. également les propos de François de Menthon qui déclare que *« le système envisagé aboutit à autant d'assemblées que de commissions »* (*ibid.,* p.112).

[365] v. les propos de Jacques Fonlupt-Esperaber qui *« souhaite que des commissions spéciales, au besoin composées de personnalités autres que des parlementaires, de techniciens par exemple, préparent les grands travaux législatifs, l'assemblée légiférant ensuite sur des ensembles ».* (*ibid.,* p.109). v. également les propos de Paul Coste-Floret qui *« note que les membres des commissions sont également membres de l'assemblée. Il en résultera pour eux un double travail. On pourrait déléguer l'examen des lois d'application aux organismes consultatifs dont la création a été envisagée »* (*ibid.,* p.109). L'idée d'associer des organismes techniques à la confection définitive des lois n'est d'ailleurs pas inédite. On la retrouve dans certains projets publiés à la Libération, tel celui de Paul Grünebaum-Ballin (*Vœux pour la Quatrième République, op. cit.,* p.65-66) ou de Pierre-Henri Simon (*De la République. Essai sur la future Constitution de la France, op. cit.,* p.162-166).

[366] V. les propos de Lussy (suppléant de Guy Mollet) qui déclare que *« le principe de la souveraineté de l'assemblée est battu en brèche, si les décisions des commissions peuvent avoir force de loi ».* (*ibid.,* p.109). Etienne Fajon ajoute que *« le système de M. Pierre Cot pourrait favoriser le vote « à l'esbroufe » de certaines lois »* (*ibid.,* p.111)

[367] v. les propos de Lussy (suppléant de Guy Mollet) qui ajoute que *« si on adoptait la procédure suggérée par M. Pierre Cot, les lois qui auraient échappé à la discussion de l'assemblée seraient soumises à la critique de celle-ci et leur autorité en serait diminuée »* (*ibid.,* p.109)

[368] La commission adopte le principe suivant : *« le travail législatif des commissions délibérant en séance publique sera considéré comme définitif à moins d'opposition du tiers ou du quart des membres de l'assemblée »* (Séances de la Commission, CRA, 1ère ANC, p.112)

fait une référence appuyée[369]. Pour autant, aucune disposition du projet constitutionnel ne fait mention d'un tel dispositif, qui ne sera pas plus retenu par la seconde assemblée nationale constituante. Les règlements de l'Assemblée nationale, adoptés sous forme de résolution, seront tout autant silencieux.

346. L'explication de ce silence n'est pas difficile à identifier : la législation en commission est perçue par le MRP – en dépit de l'idée initiale de Pierre Cot – comme une atteinte à la spécialisation fonctionnelle. Les équilibres du tripartisme impliqueront d'y renoncer au profit d'un pouvoir réglementaire subsumé sous la fonction d'exécution des lois.

B- LE POUVOIR REGLEMENTAIRE, FONCTION D'EXECUTION DES LOIS

347. La spécialisation fonctionnelle exclut la participation de l'Exécutif à l'exercice des fonctions de législation. Ses fonctions normatrices sont subsumées sous la fonction « d'exécution des lois ». Ainsi, pas plus qu'en 1789, la Constitution de 1946 ne reconnaît expressément l'existence du « pouvoir réglementaire » (2). Inexprimé, il subsiste à condition d'être subordonné à la loi parlementaire. Les incertitudes qui entourent le contenu de la fonction « d'exécution des lois » révèlent combien les pouvoirs de l'Exécutif font figure d'impensé dans le constitutionnalisme des Assemblées constituantes (1).

1) L'incertain contenu de la « fonction d'exécution des lois »

348. Refonder la République par la loi implique, pour les Assemblées constituantes de 1945-1946, de renouer avec le modèle des grandes constitutions républicaines du XIXe siècle. Ainsi s'explique, dans les projets d'avril et d'octobre 1946, la réitération de la formule – tirée de l'article 49 de la Constitution de 1848 – aux termes de laquelle l'Exécutif *« surveille et assure l'exécution des lois ».* Elle est un trait d'union indispensable entre 1946, 1875 et 1848, voire 1789. L'étude des débats constituants révèle cependant que la réitération de cette formule séculaire n'a pas été pensée. Sans logique apparente, les fonctions normatrices de l'Exécutif sont divisées entre « surveillance » et « assurance » de l'exécution des lois,

[369] *« A condition que l'Assemblée Nationale et les Ministres adoptent des méthodes de travail plus modernes que par le passé, à condition notamment que l'Assemblée se débarrasse sur ses commissions du soin de voter certaines lois secondaires (sous réserve de son contrôle) et du soin de contrôler la gestion de chaque Ministre, le régime nouveau permettra d'établir plus de rapidité dans l'ordre législatif et plus de continuité dans l'activité gouvernementale »* (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, 2e séance du 5 avril 1945, annexe n°885, p.850)

chacune distribuée à l'une des deux têtes de l'Exécutif (a), sans que leur contenu n'ait été véritablement défini (b).

a) La distinction sibylline entre « surveiller » et « assurer » l'exécution des lois

349. Le projet d'avril 1946 – et l'avant-projet d'octobre 1946 – réitèrent la formule aux termes de laquelle l'Exécutif *« surveille et assure l'exécution des lois ».* A la différence des constitutions de 1848 et 1875, ils la distribuent cependant entre les deux têtes de l'Exécutif : « la surveillance » de l'exécution lois demeure aux mains du Président de la République, tandis que « l'assurance » de leur exécution est désormais confiée au président du Conseil[370].

350. Cette division interpelle Guy Mollet qui, le 27 mars 1946, à l'occasion de l'examen du titre consacré au conseil des ministres, interroge les commissaires de la façon suivante :

> « Dans le régime de 1875, le président de la République était chargé « d'assurer et de surveiller l'exécution des lois ». Vous avez décidé que désormais l'exécution reviendrait au président du Conseil et la surveillance au président de la République. Quelle est la sanction de cette surveillance ? »[371].

Le républicain-populaire Paul Coste-Floret lui répond qu'il s'agit du *« contrôle de constitutionnalité »* et Jacques Fonlupt-Espéraber, du même parti, ajoute *« et la signature des décrets pris en application des lois ».* La rédaction définitive des dispositions constitutionnelles d'avril 1946 confirme cette façon de voir puisque, le président du Conseil est habilité, sans autre précision, à *« assurer l'exécution des lois »* (article 78) tandis que le Président de la République, *« pour en surveiller l'exécution, signe les décrets d'application »* (article 102).

351. Ce partage, éclairé par les propos des commissaires, est extrêmement étonnant. D'une part, en effet, on comprend mal en quoi le contrôle de constitutionnalité, auquel fait référence Paul Coste-Floret, relèverait de la « surveillance de l'exécution des lois », elle-même assortie de l'habilitation à signer les décrets d'application. Est-ce à dire qu'en cas d'inconstitutionnalité de la loi, le Président de la République devrait empêcher son application en ne prenant pas les décrets d'application ? Ce serait faire prévaloir la volonté du Président

---

[370] Le projet d'avril 1946 dispose, en effet à l'article 78 que : *« Le président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois »* et à l'article 102 que : *« [Le Président de la République] promulgue les lois dans les dix jours qui suivent leur transmission par l'Assemblée nationale. Pour en surveiller l'exécution, il signe les décrets d'application ».* On retrouve la même distinction dans le projet de la commission de la seconde assemblée constituante présenté le 2 août 1945. L'article 32 (futur article 47) dispose que *« Le président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois »* et l'article 54 (futur article 36) que *« [Le Président de la République] promulgue les lois dans les dix jours qui suivent leur transmission par l'Assemblée nationale. Pour en surveiller l'exécution, il signe les décrets pris en conseil des ministres et les décrets portant règlement d'administration publique. (...) ».*

[371] Séances de la Commission, 27 mars 1946, CRA, 1ère ANC, p.597

sur celle du Parlement, contraire à la philosophie du projet d'avril. Est-ce à dire que le Président de la République serait chargé de veiller à l'application constitutionnelle de la loi par les autorités constituées ? Cette fonction, assimilée alors à un contrôle de constitutionnalité des actes administratifs[372] ne justifierait pas que l'on confiât au Président de la République l'édiction des décrets d'application, voire l'interdirait. D'autre part, on imagine mal comment la fonction de *« surveiller l'exécution des lois et de signer les décrets d'application »* confiée au Président de la République pourrait judicieusement s'articuler avec celle *« d'assurer l'exécution des lois »* confiée au président du Conseil, dont le contreseing est par ailleurs obligatoire sous les actes du chef de l'Etat (article 103). Est-ce à dire que le président du Conseil serait dépourvu de fonctions normatrices (pouvoir réglementaire ou pouvoir de nomination), et réduit à un rôle d'exécution matérielle des lois ? Le professeur Julien Laferrière relève cette ambiguïté[373].

352. Les deux articles ont été adoptés sans autre discussion en commission[374] et en assemblée plénière[375] au printemps 1946. L'avant-projet de constitution d'octobre 1946 opère le même dédoublement, et la même distribution, de la « fonction d'exécution ». Malgré les interrogations qui ne manquent pas d'être soulevées au cours du processus constituant, notamment par les professeurs de droit[376], rien de permet de comprendre le sens de cette dualité fonctionnelle. Tout porte à croire, au contraire, que son contenu n'a pas été véritablement réfléchi.

b) L'introuvable fonction de « surveillance » de l'exécution des lois

353. Alors que la doctrine républicaine de l'avant-guerre s'était attachée à démontrer l'insuffisance de la « fonction d'exécution des lois » (*cf. infra,* partie 1, titre 2) pour fonder

---

[372] Le contrôle de légalité est le sens donné à la « fonction de surveillance » dans la Constitution de 1791. v. GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791, op. cit*., p.388 et s., spéc. p.391

[373] LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.1078

[374] Séances de la Commission, 27 mars 1946, CRA, 1ère ANC, p.597 ; Séances de la Commission, 29 mars 1946 CRA, 1ère ANC, p.612

[375] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°48, pages 1867-1868 – 3e séance du 15 avril 1946 ; J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°48, page 1874 – 3e séance du 15 avril 1946 ; J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°52, page 2048 – 2e séance du 19 avril 1946.

[376] Ainsi, Pierre Cot, député et professeur de droit, s'étonne que *« les décrets [soient] signés tantôt par le président du conseil, tantôt par le président de la République. Ce n'est pas clair. »* (Séances de la Commission, 19 juillet 1946, CRA, 2ème ANC, p.166) La réponse que lui fait Paul Coste-Floret, rapporteur général, n'est guère satisfaisante : *« Le président de la République surveille l'exécution des lois dont le président du conseil assure l'exécution ».*

l'ensemble des activités de l'Exécutif[377], les Assemblées constituantes de 1945-1946 s'y réfèrent sans sourciller. En particulier, elles réitèrent la référence à la fonction de « surveillance » de l'exécution des lois, historiquement confiée au Chef de l'Etat, sans s'interroger sur sa nature. Ce positionnement est symptomatique du constitutionnalisme de la Libération ; la réflexion sur les pouvoirs de l'Exécutif est éclipsée au profit de la réitération des formules séculaires, empruntées au constitutionnalisme du XVIIIe siècle.

354. Pour comprendre le sens de ces formules, et de ces références, on peut entreprendre un détour par les constitutions révolutionnaires, dont on sait qu'elles sont au fondement de la philosophie constituante de 1946. La « fonction de surveillance » existait dans la Constitution de 1791 ; attribuée au Roi agissant en tant que chef suprême de l'administration du Royaume, elle correspondait, selon Guillaume Glénard, au contrôle de légalité et s'insérait dans une fonction plus large de direction de l'activité administrative[378]. Michel Verpeaux, analysant le décret du 14 frimaire an II, véritable *« constitution révolutionnaire provisoire »*[379] de 1793, s'interroge également sur le sens de la distinction établie par le texte entre « surveillance de l'exécution » et « application » des lois ; il remarque que *« le rôle de surveillance de l'action des autorités inférieures est éminemment politique, tandis que l'application consiste, pour les autorités inférieures, à exécuter elles-mêmes les lois. »*[380] Michel Troper, s'agissant de la Constitution de l'an III, fait le même constat ; il relève que la distinction entre « surveillance » et « exécution » a été avancée par certains révolutionnaires[381] pour justifier le dualisme de la fonction exécutive entre *« l'exécution matérielle des lois et la production de commandements particuliers destinés à l'application des lois »*[382] (la fonction d'assurer de l'exécution) confiée aux ministres, et la *« direction et le contrôle de [cette] exécution »*[383] (la fonction de surveillance de l'exécution) confiée au Directoire. Dans les trois constitutions révolutionnaires, la fonction de surveillance apparaît donc toujours hiérarchiquement *supérieure* à la fonction d'exécution ; c'est une fonction de direction et de coordination, quasi politique, de l'activité ministérielle et administrative d'exécution des lois.

---

[377] Pour une synthèse, v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.67 et s. ; v. aussi JOUANJAN, O., « La notion d'exécution dans la doctrine classique », *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.343-360

[378] GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791, op. cit.,* p.391 et s.

[379] AULARD, A., *Histoire politique de la Révolution française,* Paris : Armand Colin, 1901, p.315 cité par VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.178

[380] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.185-186

[381] TROPER, M., « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.299-310, spéc. p.307

[382] *ibid.,* p.309

[383] *ibid.*

355. Les Assemblées constituantes ont-elles entendu donner ce sens à la « fonction de surveillance » reconnue au Président de la République dans le projet d'avril 1946 et l'avant-projet d'octobre 1946 ? On pourrait *a priori* le penser. En effet, Paul Coste-Floret reconnaît *« [qu'on] pourrait réserver au président de la République la signature des décrets pris en conseil des ministres et des décrets pris en la forme des règlements d'administration publique »*[384]. Autrement dit, il s'agirait de réserver au Chef de l'Etat la signature des textes les plus importants, ceux qui – par leur origine ou par leur objet – nécessitent une coordination ministérielle ou une impulsion gouvernementale. En ce sens, la « surveillance de l'exécution » confiée au Président de la République s'apparenterait, effectivement, à une fonction de direction, de coordination et d'impulsion de l'activité administrative, que le président du Conseil serait chargé en œuvre. Cependant, cette lecture aurait sans doute posé d'importants problèmes politiques et juridiques ; d'une part, l'irresponsabilité politique du Président de la République et son élection au suffrage indirect auraient certainement provoqué des conflits de légitimité avec le président du Conseil si d'aventure ce dernier avait dû exécuter les directives du premier[385], d'autre part, l'obligation de contreseing des actes du Président de la République aurait, quoi qu'il en soit, transféré *de facto* l'ensemble de cette fonction de surveillance à la présidence du Conseil.

356. Une autre explication, plus pragmatique, peut donc être avancée. A la question de Paul Bastid se demandant pourquoi ne pas revenir pas au système de 1875 – c'est-à-dire à la fusion, dans les mains du Président de la République, des fonctions de surveillance et d'assurance de l'exécution des lois – Pierre Cot répond que :

> « c'est pour épargner au Président de la République le travail fastidieux qui consiste à signer, chaque jour, pendant des heures, qu'on propose de confier la signature d'une grande partie des décrets au président du conseil, qui, lui, pourra déléguer sa signature »[386].

En définitive, le partage des fonctions entre « surveiller l'exécution des lois » et « assurer l'exécution des lois » semble donc motivé par des raisons purement pratiques, celles de diviser les tâches de confection et de signature des décrets entre les deux têtes de l'Exécutif. Cela révèle également qu'à ce stade de la discussion, dans l'esprit des commissaires, le président du Conseil, institution constitutionnellement nouvelle en 1946, n'est pas encore pleinement perçu – positivement et *de jure* – comme le véritable chef de l'Exécutif, disposant

---

[384] Séances de la Commission, CRA, 2ème ANC, p.166

[385] Ce que ne manque pas de relever Paul Ramadier. *« Convient-il,* demande-t-il, *d'en confier la signature au président de la République, personnage politiquement irresponsable ? »* (Séances de la Commission, CRA, 2ème ANC, p.166)

[386] *ibid.*

des ressources nécessaires pour assurer la direction de l'action gouvernementale et administrative.

357. Quoi qu'il en soit, ces considérations révèlent combien sont grandes les incertitudes qui entourent, à la Libération, la question des pouvoirs de l'Exécutif. Les Assemblées constituantes se contentent de reproduire des formules empruntées au constitutionnalisme du XVIIIe siècle. Le dédoublement de la fonction « d'exécution des lois » sera finalement, et presque accidentellement, abandonné le 28 août 1946, à la suite d'un amendement de pure mise en forme proposé par Paul Bastid et Tony Révillon[387]. L'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946 n'en reproduit pas moins la formule séculaire – tirée de la philosophie de 1789 – aux termes de laquelle : *« Le président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois ».* Or, en tant que tel, il est l'expression d'une négation textuelle du pouvoir réglementaire.

2) La négation textuelle du pouvoir réglementaire

358. En renouant avec les principes de 1789 – en subsumant les fonctions normatrices de l'Exécutif sous la fonction « d'exécution des lois » – la Constitution du 27 octobre 1946 renoue avec la négation textuelle du pouvoir réglementaire. Pas plus que les constitutions antérieures, elle ne reconnaît expressément son existence. Pour autant, les Assemblées constituantes n'ont pas entendu rompre avec cette prérogative historique. Conformément à la philosophie républicaine orthodoxe, l'exercice par l'Exécutif de fonctions de législation (le pouvoir réglementaire) n'est admis qu'à condition d'être hiérarchiquement et chronologiquement *secondaire*, c'est-à-dire à condition de se maintenir *infra* et *secundum legem* (*cf. supra,* n°50 s., et n°63). En ce sens, la législation gouvernementale n'existe que par le prisme de « l'exécution des lois » – qui en constitue le fondement et le champ exclusifs – comme en témoignent les propos de Paul Coste-Floret, dans son rapport général, le 2 août 1946 : *« Le président du Conseil (...) assure l'exécution des lois. En tant que tel, il signe tous les décrets (...) »*[388] (on souligne). Dans l'esprit des constituants, il y a donc un lien indéfectible entre l'exécution des lois et le pouvoir réglementaire.

359. Sur ce point encore, la Constitution du 27 octobre 1946 s'inscrit à rebours des principaux acquis de la pensée constitutionnelle antérieure. Depuis 1914, en effet, la doctrine républicaine – y compris Carré de Malberg – s'évertue à démontrer combien la « fonction

[387] La référence à la « fonction de surveillance » disparaît de l'article consacré aux attributions du Président de la République (Séances de la Commission, 28 août 1946, CRA, 2ème ANC, p.378-379)
[388] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale constituante, séance du 2 août 1946, annexe n°350, p.294

d'exécution des lois » est *stricto sensu* insuffisante pour rendre compte du pouvoir réglementaire de l'Exécutif, fût-ce complémentaire des lois (*cf. infra,* titre suivant). Tout se passe comme si, à la Libération, on reniait, non seulement les acquis du réformisme des années 1930, mais ceux de la pensée constitutionnelle classique du début du XXe siècle. Les professeurs de droit – René Capitant, Paul Bastid et Pierre Cot en particulier – ne peuvent pas ignorer les enseignements de leurs maîtres sur les limites et l'inconsistance de la fonction « d'exécution des lois » (*cf. infra,* titre suivant). En 1945, Georges Burdeau, lui-même, attire l'attention des futurs constituants sur l'impératif qu'il y a, au milieu du XXe siècle, de rompre avec ce *« verbalisme totalement étranger aux faits »*[389]. Et pourtant, en 1946, le pouvoir réglementaire est une nouvelle fois subsumé sous la fonction d'exécution des lois.

360. Pis, le « pouvoir réglementaire » paraît même éclipsé du vocabulaire de la Libération. Au cours des onze mois de processus constituant, on ne relève que deux occurrences à cette formule, dues à Paul Bastid[390]. Ces considérations confirment que la question de la législation gouvernementale est complètement – et collectivement – *refoulée* dans l'inconscient républicain de l'immédiat après-guerre.

361. Conclusion de la section. En renouant avec le constitutionnalisme du XVIIIe siècle, les Assemblées constituantes ignorent le renforcement fonctionnel de l'Exécutif, particulièrement la place acquise par la législation gouvernementale dans l'exercice des fonctions politico-sociales de l'Etat. Ce faisant, elles traitent la question du pouvoir réglementaire par complète *« prétérition »* (A. de Laubadère). En rejetant expressément les décrets-lois et les règlements autonomes, elles refusent de consacrer une *« nouvelle séparation des pouvoirs »* (M. Troper), et réitèrent la spécialisation fonctionnelle dualiste classique : « législation parlementaire » / « exécution ministérielle ». Ces considérations conduisent à penser que, dans l'esprit des Assemblées constituantes, la question de la législation gouvernementale ne se pose pas différemment en 1946, qu'en 1789. Ainsi s'exprime la « République des illusions » (G. Elger), dont la réapparition des décrets-lois révèlera bientôt les « contradictions ».

---

[389] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.211

[390] Une recherche « plein texte » sur la base de données des comptes-rendus intégraux des débats en hémicycle mise à disposition par l'Assemblée nationale permet de le vérifier avec certitude. (J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°81, page 3242 – 2ème séance du 22 août 1946) ; J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°87, page 3522 – séance du 4 septembre 1946)

362. Conclusion du chapitre : un reflux constitutionnel. *« Un pays où le gouvernement est impossible n'a point de constitution. »*[391] Au crépuscule de 1946, force est de constater que les Assemblées constituantes n'ont guère satisfait les attentes de Georges Burdeau. Alors que le professeur appelait, en 1945, à rompre avec les principes de philosophie politique hérités du XVIIIe siècle [392], la Constitution du 27 octobre 1946 renoue avec le constitutionnalisme de 1789. Le renouveau constitutionnel n'a pas eu lieu. Surtout, le processus constituant est révélateur d'un *reflux* constitutionnel. Tout l'héritage réformiste des années 1930, parmi lequel figurait le renforcement fonctionnel de l'Exécutif, est sacrifié sur l'autel de la refondation de la République par la loi. Plus que jamais, à la Libération, le pouvoir réglementaire et les lois de pleins-pouvoirs – instruments du pouvoir personnel du Maréchal Pétain, symboles du césarisme et de l'avènement de Vichy – font figure de *« hantise républicaine »* (C. Nicolet) Les ordonnances de la France Libre, qui incarnent pourtant la légitimité républicaine, sont emportées par la même vague que le rejet de Vichy, reléguées ensemble au rang des parenthèses qu'il convient de refermer. Ignoré des constitutions françaises modernes, le pouvoir réglementaire de l'Exécutif s'apparente ainsi – au milieu du XXe siècle – à une lacune constitutionnelle plurielle.

[391] BURDEAU, G., « La fonction gouvernementale », *Revue politique et parlementaire,* 1946, p.208-213, reproduit *in :* BURDEAU, G., préface DENQUIN, J.-M., *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2011, 673 pages, spéc. p.155-160, spéc. p.155

[392] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.*

Conclusion du Titre 1 :
Une lacune constitutionnelle plurielle

363. Force est de constater que les textes constitutionnels de 1875 et de 1946 ne disent rien des fonctions de législation gouvernementale, c'est-à-dire du pouvoir réglementaire. Et pourtant, il existe ; et surtout, il s'érige en meilleur instrument de l'interventionnisme étatique, dans la première moitié du XXe siècle, pour conduire la guerre, la réforme de l'Etat, et bientôt l'économie nationale tout entière ; en un mot, pour diriger la politique de la Nation. *De facto,* sinon *de jure,* l'Exécutif exerce en propre des fonctions primaires de législation, qui précèdent chronologiquement l'intervention des lois parlementaires dans la modification de l'ordonnancement juridique (règlements *praeter legem*), voire les abrogent (règlements *contra legem*). Les mutations des fonctions sociales de l'Etat provoquent donc une mutation de ses fonctions juridiques, opérée en dehors de toute modification formelle des lois constitutionnelles de 1875. Le sentiment d'un décalage entre les textes et la pratique est perceptible. Dans les années 1930, il génère un important mouvement de réforme constitutionnelle, dont l'objet est de résorber cet écart, soit en révélant la constitutionnalité des pratiques politiques, soit en proposant la révision des textes constitutionnels. Ce mouvement est perfectionné au cours de la Résistance. Mais le contexte doublement conflictuel de la Libération ne permet pas son éclosion ; et la Constitution de 1946 renoue avec les formules empruntées au constitutionnalisme du XVIIIe siècle.

364. Entre 1914 et 1958, l'absence de référence explicite à l'existence, et l'étendue, du pouvoir réglementaire de l'Exécutif dans les textes constitutionnels de 1875 et 1946 est donc constitutive d'une lacune constitutionnelle ; c'est-à-dire selon la définition liminaire qu'en donne Julien Jeanneney de *« l'inexistence, jugée néfaste, d'une disposition normative. »*[1] La disposition normative dont il est question, c'est la norme d'habilitation de l'Exécutif à exercer le pouvoir réglementaire, indispensable à la détermination du champ de celui-ci. Son inexistence résulte principalement de l'absence d'énoncé normatif spécifique dans les textes constitutionnels, dont elle serait la signification certaine[2]. Son caractère néfaste provient, par

---

[1] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.1

[2] On partage, ici, les présupposés méthodologiques de Julien Jeanneney : *« Cette recherche s'inscrit dans le cadre d'une théorie mixte de l'interprétation en vertu de laquelle il est des cas clairement modalisés déontiquement par le droit, d'autres cas clairement non modalisés déontiquement par le droit, et des cas pour lesquels cela n'est pas clair, soit que l'énoncé normatif donne lieu à plusieurs interprétations, dans le cas d'une ambiguïté* lato sensu*, soit qu'il entraîne un problème de subsomption, dans le cas du vague, soit que ces deux troubles se mêlent, dans un cas de texture ouverte. Dans cette perspective, il est des cas au sujet desquels il est cohérent de bâtir un concept de lacune. (...) »* (*ibid.,* p.54-55)

conséquent, et essentiellement, de l'incertaine détermination du champ du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire des conditions et des limites imposées à l'Exécutif dans l'exercice de ses fonctions de législation.

365. Ces incertitudes sur les fondements du pouvoir réglementaire donnent naissance à différents types de lacunes constitutionnelles. Identifiées par la doctrine de l'époque, elles s'apparentent, en premier lieu, – selon la typologie proposée par Julien Jeanneney – à une *« lacune subjective »*[3]. Nombreux sont effectivement les auteurs à regretter le silence des textes constitutionnels de 1875 et 1946 sur la question de l'existence, et de l'étendue, du pouvoir réglementaire[4]. En témoignent, par exemple, les propos de Félix Moreau, reproduits en épigraphe. Duguit déplore encore la *« formule vague »*[5] de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et Carré de Malberg admet le caractère *« trop étroit sans doute »*[6] de la fonction « d'exécution des lois. » (*cf. infra,* n°488). André de Laubadère regrette, quelques décennies plus tard, que la Constitution du 27 octobre 1946 traite la question du pouvoir réglementaire par *« prétérition »*[7]. De l'absence d'habilitation constitutionnelle expresse à exercer le pouvoir réglementaire naît, en second lieu, une *« lacune normative »*[8]. Le système constitutionnel échoue, en effet, à déterminer le statut déontique des fonctions de législation gouvernementale ; les autorise-t-il ? le cas échéant, autorise-t-il les règlements *praeter legem* ? les règlements *contra legem* ? faut-il admettre la constitutionnalité des décrets-lois ? Sans doute, ces incertitudes n'ont-elles jamais affecté le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, ou la continuité de l'Etat, entraînant une situation de blocage institutionnel global ; les pratiques politiques ayant toujours suppléé à ces lacunes normatives. Il n'est donc pas permis de parler de *« lacune institutionnelle »*[9]. Mais, en troisième lieu, les crises du XXe siècle, et l'inadaptation de la procédure parlementaire

---

[3] *ibid.,* p.46. Elle est, pour Julien Jeanneney, *« la représentation doctrinale d'un manque fondée sur la confrontation du droit tel qu'il est avec le droit tel qu'il pourrait être. »* (*ibid.,* et p.393 et s.)

[4] Ces regrets sont anciens. Dès 1795, Joseph Lakanal s'exprime en ces termes : *« ou votre pouvoir exécutif n'est chargé que de l'exécution littérale et matérielle des lois (...) ; ou il a une étendue de puissance et d'autorité qu'on n'a pas pris le soin de limiter et de circonscrire, et dans ce cas, il existe dans la Constitution une lacune qu'il est indispensable de remplir. »* (L'exemple est fourni par Julien Jeanneney (*ibid.*, p.394) citant Michel Verpeaux (*La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.324), citant lui-même Joseph Lakanal (*Le Moniteur,* Le Moniteur du 12 thermidor an III (30 juillet 1795), séance du 6 thermidor an III.)

[5] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2eéd., *op. cit.,* p.591

[6] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1,

[7] LAUBADERE (de), A., « L'article 13 », *art. cit.*, p.477

[8] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.46, et p.118 et s. L'auteur la définit comme *« la représentation d'une configuration dans laquelle un système normatif échoue à déterminer le statut déontique – le caractère obligatoire, permis ou interdit – d'un cas générique pertinent de son point de vue. »* (p.46)

[9] *« La « lacune institutionnelle » correspond à la situation dans laquelle il n'existe pas de norme susceptible de régler une difficulté institutionnelle actuelle ou potentielle, à laquelle seule une norme, fondée sur un énoncé explicite, permettrait de répondre. »* (*ibid.,* p.475, v. p.459 et s.)

pour les surmonter, révèlent – du point de vue des interprètes authentiques (Parlement, Exécutif et Conseil d'Etat) – l'existence d'une *« lacune axiologique »*[10], justifiant le recours à l'illégalité, voire la rupture avec les textes constitutionnels, sinon avec les principes du constitutionnalisme républicain (supériorité formelle de la loi, spécialisation fonctionnelle, etc.). Le concept de « lacune axiologique » est au cœur du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire ; les règlements de « nécessité », règlements autonomes et décrets-lois sont les témoignages de cet abandon progressif de la pureté des idéaux républicains, pétris des « principes de 1789 », progressivement perçus comme inadaptés, insuffisants ou lacunaires, au profit des nécessités de l'action gouvernementale moderne. Entre 1914 et 1958, le pouvoir réglementaire s'épanouit donc sous la pression des faits, en dehors des prescriptions formellement constitutionnelles et en rupture avec les pratiques antérieures. *Quid juris ?* Qu'en est-il en droit ? La question occupe les acteurs dès 1914, et mérite d'y consacrer le second Titre.

[10] Sa définition repose, selon Julien Jeanneney, sur : *« l'existence d'une norme ayant, de prime abord, vocation à s'appliquer à un cas concret, infra-générique, et présentée comme devant être contournée par son interprète authentique, qui estime que le champ d'application du cas générique régulé est soit trop large, soit trop restreint, si bien que la règle aurait dû, en tout état de cause, contenir une exception. »* (*ibid.,* p.542). Plus simplement, *« la lacune axiologique peut être analysée, dans une perspective positiviste, comme un type de raisonnement permettant de se fonder,* contra legem, *sur des considérations d'équité pour contourner l'application de la norme ayant, de prime abord, vocation à s'appliquer. »* (*ibid.,* p.574)

Titre 2 :
Les justifications nouvelles du pouvoir réglementaire

366. Les crises du XXe siècle sont à l'origine d'une transformation des fonctions politico-sociales de l'Etat (l'interventionnisme), laquelle entraîne une mutation dans l'exercice de ses fonctions juridiques. Les activités de législation primaire se trouvent *de facto* redistribuées entre les organes, au bénéfice de l'Exécutif. Ces pratiques nouvelles mettent à mal les idéaux républicains ; les « règlements de nécessité » et, surtout, les « décrets-lois » témoignent de l'existence d'un pouvoir réglementaire, non réductible à l'exécution des lois. Ils heurtent l'idéal de la spécialisation fonctionnelle des organes et de la supériorité de la loi parlementaire. A partir des années 1920, ces pratiques se généralisent partout en Europe, spécialement en France. (*cf. supra,* titre précédent, chapitre 1, section 1) Il devient impossible de les considérer comme isolées, ou d'y voir des manifestations exceptionnelles, propres à l'état de guerre. L'abondante littérature que leur consacre la doctrine – pas seulement française – dans l'entre-deux-guerres témoigne de l'intensité critique du phénomène ; les concepts anciens semblent périmés, inadéquats à rendre compte du droit positif moderne. Les transformations des pratiques gouvernementales sont à l'origine d'un mouvement intellectuel fécond de redéfinition des sources du droit.

367. *Quid juris ?* Qu'en est-il en droit ? Telle est effectivement la question à laquelle doivent répondre la doctrine et la jurisprudence, confrontées à ces nouvelles manifestations du pouvoir réglementaire. Apparues sous la pression des faits, il faut les rapatrier sous l'empire du droit. Cette exigence amène à réinterroger les fondements – c'est-à-dire les justifications juridiques – des pouvoirs de l'Exécutif. Entre 1914 et 1958, la mise en évidence de l'utilité sociale ou institutionnelle du pouvoir réglementaire dans l'Etat (ses sources matérielles) est à l'origine d'une nouvelle conception de l'habilitation de l'Exécutif à l'exercer (ses sources formelles). Après la Première guerre mondiale, peut-on toujours subsumer l'intégralité du pouvoir réglementaire sous la fonction d'exécution des lois, cet horizon indépassable de la justification des fonctions de l'Exécutif dans l'idéal républicain ? La doctrine positiviste – fille de l'orthodoxie républicaine de la fin du XIXe siècle – cherche à maintenir cette fiction, en se livrant à une relecture extensive de « l'exécution des lois » (**Chapitre 1er**). A d'autres, cette démarche apparaît captieuse. La généralisation des règlements *praeter,* et *contra legem,* impose – à leurs yeux – de rompre avec « l'exécution des lois », donc avec les textes constitutionnels de 1875 et 1946 (**Chapitre 2**). Ainsi s'explique le renouveau des théories du

droit naturel dans la science juridique de la période considérée. La jurisprudence et les avis du Conseil d'Etat, accompagnent ces mutations intellectuelles et participent à la transformation du droit positif dans des directions comparables.

Chapitre 1 :
Élargir la fonction d'exécution des lois

> « [C]e mot d'exécution doit être entendu dans un sens relativement large. Selon la tradition constitutionnelle, la notion de règlement exécutif ne signifie point que le règlement devra se borner à assurer l'exécution de dispositions déjà décrétées par le législateur lui-même ; mais, par ses règlements, l'autorité administrative peut, elle aussi, statuer d'une façon qui, en un certain sens, est initiale, c'est-à-dire sur des matières qui n'ont été réglées précédemment par aucune loi. Seulement, elle ne peut le faire qu'en vertu d'un texte législatif lui en conférant le pouvoir. »[1]
>
> Raymond Carré de Malberg

368. La fonction d'exécution des lois[2] est régulièrement qualifiée de *« peu satisfaisante »*[3], voire *« d'introuvable »*[4], *« d'inexistante »*[5], ou *« d'inconsistante »*[6]. Elle est pourtant le point de départ incontournable de toute réflexion sur le pouvoir réglementaire de l'Exécutif dans le constitutionnalisme républicain. En effet, la législation gouvernementale n'y est traditionnellement admise qu'à condition d'être hiérarchiquement et chronologiquement *secondaire* à la législation parlementaire, c'est-à-dire à condition de se maintenir *infra* et *secundum legem* ; c'est l'idée qu'exprime Carré de Malberg lorsqu'il écrit que *« [l]a puissance de l'Exécutif n'est tout entière et dans toutes ses manifestations qu'un pouvoir* ex lege. *»*[7] Entre 1870 et 1914, tout l'effort de la doctrine orthodoxe et positiviste – et d'une certaine manière de la jurisprudence administrative – est donc de subsumer toutes les fonctions normatrices de l'Exécutif sous l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, dans le but avoué d'enraciner la République par la loi[8] (*cf. supra,* n°37 et s.).

369. Cependant, à l'épreuve des crises du XXe siècle – et du bouleversement des pratiques qui en résultent (*cf. supra,* titre précédent, chapitre 1, section 1) – cette identification du pouvoir réglementaire à l'exécution des lois devient légèrement *captieuse*, voire assurément *inadéquate.* Ces évolutions sont à l'origine d'un malaise dans la doctrine constitutionnelle

---

[1] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.580-581.

[2] Sur cette notion, v. HERRERA, C.-M., (dir.), « La notion d'exécution dans l'histoire constitutionnelle française », *Revue française d'histoire des idées politiques,* 2011/2, n°34, 224 pages

[3] EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.297

[4] JOUANJAN, O., « La notion d'exécution dans la doctrine classique », *art. cit.,* p.356

[5] BEAUD, O., « En guise de conclusion », *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.389-397, spéc. p.393

[6] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.67

[7] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.535, note 8

[8] v., REDOR, M.-J., *op. cit.,* p.123 et s. ; STECK, O., *op. cit.,* p.579 et s. ; SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes, op. cit.,* p.295 et s.

positiviste : comment rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire, sans rompre avec l'idéal républicain de la fiction de sa subordination à la loi, c'est-à-dire avec sa dimension *exécutive* ? On ne peut résoudre ce dilemme, sans renoncer au positivisme juridique[9], qu'en proposant une interprétation considérablement *extensive* de la « fonction d'exécution des lois », qui demeure le seul ancrage formel envisageable et intellectuellement permis du pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme républicain. Paradoxalement donc, l'article 3 de la loi du 25 février 1875 – réitéré par l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946 – est réinterprété par la doctrine et la jurisprudence à la lumière de la pratique constitutionnelle du XIXe siècle, davantage favorable aux pouvoirs de l'Exécutif, mais majoritairement *anti*-républicaine (section 1). Parallèlement, et sous l'influence d'une certaine doctrine – incarnée par Carré de Malberg, Capitant ou Vedel – la fonction « d'exécution des lois » fait l'objet d'une réinterprétation téléologique, qui rompt définitivement avec la conception rousseauiste, et restrictive, qu'en avaient les révolutionnaires (section 2). Sur ces fondements, a été rendue possible – sans rompre en apparence avec les préceptes du constitutionnalisme républicain – la formidable extension du pouvoir réglementaire au XXe siècle.

SECTION 1 :
L'EXECUTION DES LOIS, FONDEMENT TRADITIONNEL DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

> « Le système consacré par la Constitution de 1875 quant aux habilitations réglementaires concilie les traditions venues du passé avec l'esprit du régime parlementaire actuel. Depuis l'an VIII jusqu'à 1870, l'Exécutif a exercé, en France, d'importantes facultés de réglementation, en s'appuyant sur la puissance du chef de l'Etat, monarque ou empereur. Aujourd'hui, le Gouvernement garde la possibilité de faire des règlements sur des objets très variés, mais il les fera par la volonté et la permission du Parlement. »[10]
>
> Raymond Carré de Malberg

370. La brièveté des lois constitutionnelles de 1875 – doublée des mutations profondes qui touchent la pratique du pouvoir réglementaire au XXe siècle – obligent la doctrine et la jurisprudence à procéder à une relecture *« génétique »*[11] de la fonction d'exécution des lois,

---

[9] C'est-à-dire sans recourir aux arguments *dilutionnistes* (théories du droit naturel, ou de la coutume constitutionnelle) employés par la doctrine hétérodoxe (*cf. infra,* n°568 s.)

[10] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89-90

[11] TROPER, M., « Interprétation », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.844. L'interprétation génétique repose sur la *« connaissance de la volonté réelle de l'auteur du texte. »*

dont le sens moderne et élargi est progressivement fixé au XIXe siècle. Déterminer le fondement (§1) et le titulaire (§2) du pouvoir réglementaire dans la République parlementaire implique paradoxalement de renouer avec le constitutionnalisme – majoritairement non républicain – du XIXe siècle.

§1. Le pouvoir réglementaire, produit d'une tradition non républicaine

371. S'il apparaît dès la décennie révolutionnaire[12], le pouvoir réglementaire s'épanouit pleinement au XIXe siècle. A cette époque, on rompt définitivement avec la conception étroite de l'exécution des lois, proposée par Jean-Jacques Rousseau, réceptionnée et exaltée en 1789 (*cf. supra,* introduction générale, n°37 s.). Au contraire, émerge l'idée « qu'exécuter la loi » c'est non seulement *« agir »* (donc administrer), mais *« vouloir »* (donc gouverner)[13]. Les pratiques – non républicaines – du XIXe siècle sont donc à l'origine d'une « constitution administrative » dont la République hérite, qu'elle utilise et qu'elle renforce (A). Ainsi s'explique la survivance du pouvoir réglementaire, tant métropolitain, qu'ultra-marin, dans le constitutionnalisme républicain (B).

A- UNE « CONSTITUTION ADMINISTRATIVE » HERITEE DU XIXE SIECLE

372. L'existence d'une « constitution administrative » de la France n'est plus à démontrer[14]. Elle est faite de principes, de règles et de pratiques, dotés d'une certaine permanence, qui – sans être nécessairement formulés ou formalisés – structurent[15] l'organisation et le fonctionnement de *l'action journalière* de l'Etat[16] dans la société ; c'est-à-dire de l'administration. Souvent présentée comme un héritage du XIXe siècle,

---

[12] VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.*

[13] v. ROLAND, S., « La notion d'exécution dans la doctrine du XIXe siècle », *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.311-342. L'exécution des lois *implique donc l'existence* d'un pouvoir réglementaire, non seulement complémentaire, mais autonome de la loi.

[14] v., VEDEL, G., « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *in : Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* tome 2, Paris : LGDJ, 1974, 858 pages, spéc. p. 777-793, spéc. p.793 ; BIENVENU, J.-J., PETIT, J., PLESSIX, B., SEILLER, B., (dir.), *La Constitution administrative de la France,* Paris : Dalloz, 2012, 396 pages ; FAYE, A., *Les bases administratives du droit constitutionnel,* Thèse Paris 2, 2016, 677 pages.

[15] La structure est définie, par Pierre Delattre, comme *« l'arrangement des éléments d'un système »* (DELATTRE, P., *Système, structure, fonction, évolution : essai d'analyse épistémologique,* 2e éd., Paris : Maloine, 1984, 184 pages, spéc. p.41) v. aussi, RICQLES (de), A., COURRIERE, P., DELATTRE, P., « Structure et fonction dans la théorie des systèmes », *Encyclopédie Universalis*, [En ligne])

[16] L'administration, est effectivement définie – par Olivier Beaud – comme *« l'Etat en action »* (BEAUD, O., « BEAUD, O., « L'Etat », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1, op. cit.,* p.208). L'Administration est l'appareil de cet « Etat en action » (*ibid.*)

particulièrement de la Constitution de l'an VIII[17], la « constitution administrative » de la France puise en réalité ses racines dans la décennie révolutionnaire[18]. Au XXe siècle, face à la crise du parlementarisme et de l'instabilité institutionnelle, elle fait figure de *« construction narrative »*[19], employée au service du renforcement de l'Exécutif. Les lois constitutionnelles de 1875 – particulièrement la fonction d'exécution des lois – sont interprétées à la lumière de cette « constitution administrative », perçue (sans doute à raison[20]) comme l'expression d'une puissance de gouvernement (1). A la Libération, le renforcement du Conseil d'Etat par l'ordonnance du 31 juillet 1945 témoigne encore d'une volonté de renouer avec cette « constitution administrative » (2).

1) « Rattacher au texte l'évolution qui l'a précédé »

373. Pour interpréter la fonction « d'exécution des lois » – et comprendre en quoi elle fonde l'existence du pouvoir réglementaire – Léon Duguit souligne l'importance de *« rattacher au texte l'évolution qui l'a précédé »*[21]. La « tradition » est ainsi mobilisée au soutien de l'interprétation de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (a). Elle révèle que « l'exécution des lois » – donc le pouvoir réglementaire – est l'expression d'une filiation entre le constitutionnalisme monocratique et le constitutionnalisme républicain (b).

a) La tradition, technique d'interprétation « raisonnable » de la constitution

374. La « tradition » se distingue de la « coutume » par son degré de normativité. Pour Christophe Vimbert, elle n'est qu'une source *« pré-formelle »*[22] du droit, guidant dans le processus de création juridique. En réalité, elle échappe au droit. Elle relève de la

[17] v. les propos de l'historien Daniel Halévy en 1931 : *« La France a en réalité deux Constitutions : l'une, celle de 1875, officielle, visible et qui occupe la presse ; l'autre secrète, silencieuse, celle de l'an VIII, Constitution napoléonienne qui remettait aux corps administratifs la destination du pays. Les corps administratifs n'ont pas abdiqué. »* (cité par STECK, O., *op. cit.,* p.129). v. encore, HAURIOU, M., *Précis élémentaire de droit administratif,* Paris : Sirey, 1925, 521 pages, spéc. p.2-3

[18] v., par exemple, BIGOT, G., « La force du gouvernement : écritures et réécritures constitutionnelles de l'administration (1789-1799) », *Annales historiques de la Révolution française,* 2017, n°3, p.19-38

[19] HUMMEL, J., « Histoire et temporalité constitutionnelles », *Juspoliticum,* n°7 [En ligne]

[20] BIGOT, G., « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », *in :* BLUCHE, F., (dir.), *Le Prince, le peuple et le droit. Autour des plébiscites de 1851 et 1852,* Paris : PUF, « Léviathan », 2000, p.171-188 ; v. aussi BIGOT, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », *RFDA,* n°2, 2003, p.218-224 ; BIGOT, G., *Ce droit qu'on dit administratif… : études d'histoire du droit public,* Paris : Editions La Mémoire du droit, 2015, 373 pages, spéc. p.31-63

[21] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., t.4, *op. cit.,* p.679

[22] VIMBERT C., *La tradition républicaine en droit public français,* Mont-Saint-Aignan : PUR ; Paris : LGDJ, 1992, 392 pages, spéc. p.322

« légitimité »[23] – c'est-à-dire d'un système de valeurs extra-juridiques – qui trouve ici son assise dans les habitudes et les pratiques passées ; bref dans la *« longue patience du politique. »*[24] Il manque donc à la « tradition », l'*opinio juris* dont est revêtue la coutume. Elle n'est, en définitive, que l'expression d'un « usage », suffisamment répété et durable dans le passé. La « tradition » est donc dépourvue de juridicité propre. Il n'en demeure pas moins qu'elle s'érige parfois en technique *« d'interprétation raisonnable »*[25] (S. Rials) de la constitution écrite. Dans cette hypothèse, et par définition, elle fait corps avec la norme interprétée, donc avec la constitution elle-même.

375. La place de la « tradition » dans l'interprétation des lois constitutionnelles de 1875 n'est plus à démontrer[26]. Leur brièveté y contribue largement. Invoquer les habitudes passées permet, à cette époque, *« d'atténuer le sens exégétique rigoureux »*[27] de la Constitution. Les auteurs de l'époque – même lorsqu'ils rejettent la validité de la coutume – le revendiquent sans difficulté. Ainsi, en 1944, Julien Laferrière écrit :

> « Nous n'admettons pas que la coutume constitutionnelle ait pu venir compléter et, à plus forte raison, modifier la Constitution de 1875. Nous ne croyons pas qu'il y ait une place pour la coutume constitutionnelle après le vote de la constitution (…). Mais une double observation doit être faite : 1° (…) Un texte aussi bref que la Constitution de 1875 ne doit pas être l'objet d'une interprétation restrictive ou strictement littérale. Toute conséquence peut en être tirée qui n'est pas exclue et écartée par les termes qu'elle emploie, par la combinaison de ses dispositions ou par son esprit certain. Les règles ainsi déduites de la constitution par voie d'interprétation auront valeur constitutionnelle, parce qu'elles étaient comprises dans la constitution elle-même. 2° Pour procéder à cette interprétation qui fera produire leur plein effet aux dispositions de la constitution, il est légitime et même nécessaire de tenir compte des usages, des pratiques, de la tradition, en un mot de la coutume (au sens large du mot) qui avaient pu s'établir en France avant le vote de la Constitution de 1875, relativement à telles institutions ou règles qu'elle a admises. »[28]

Ce faisant, il rejoint Léon Duguit (*cf. supra*, n°373), et Maurice Hauriou[29] qui insistent tous deux sur la place nécessaire de la « tradition » dans l'interprétation des lois

---

[23] Sur ce concept, *cf. supra,* n°271 s.

[24] GOYARD-FABRE, S., « La légitimité », *art. cit.,* p.242

[25] RIALS, S., « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *La Revue administrative,* n°189, 1979, p.265-273, spéc. p.271

[26] STECK, O., *op. cit.,* p.98 et s.

[27] BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel,* coll. « Bibliothèque de droit public », t. LXVIII, Paris, LGDJ, 1966, 675 pages, spéc. p.145

[28] LAFERRIERE, J., « La coutume constitutionnelle », *RDP,* 1944, p.20-44, spéc. p.41-42

[29] *« Les dispositions constitutionnelles, en ce qui concerne l'organisation des institutions et les attributions de pouvoirs, doivent être interprétées par les précédents historiques et par le droit commun constitutionnel. »* (HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel, op. cit.* 2e éd., p.263)

constitutionnelles de 1875. Adhémar Esmein[30] recourt constamment à la même méthode, ainsi que Carré de Malberg[31] malgré ses dénégations de principe[32]. Employée à l'interprétation de la « fonction d'exécution », formalisée à l'article 3 de la loi du 25 février 1875 et réitérée par l'article 47 de la Constitution de 1946, la « tradition » offre un fondement à l'existence du pouvoir réglementaire.

b) « L'exécution des lois », expression d'une filiation constitutionnelle

376. De façon légèrement paradoxale, « l'exécution des lois » est une courroie de transmission entre le constitutionnalisme monocratique du XIXe siècle et le constitutionnalisme républicain de 1875. Apparue sous la décennie révolutionnaire[33], la disposition aux termes de laquelle l'Exécutif « assure l'exécution des lois » est reproduite à l'article 44 de la Constitution de l'an VIII, et constamment réitérée jusqu'en 1958[34]. Dénominateur commun – formellement constitutionnel – entre les constitutions non républicaines du XIXe siècle et celles des trois Républiques parlementaires de 1875, 1946 et 1958, elle est l'expression d'une certaine filiation constitutionnelle entre ces régimes. Dans ces conditions, l'interprétation traditionnelle de la fonction « d'exécution des lois » s'impose avec la force de l'évidence. Le juge et la doctrine y recourent ainsi dans l'objectif *avoué* de

---

[30] *« Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer la rigidité des constitutions du type américain et français. En principe, elles ne peuvent être modifiées que par la procédure de révision telle qu'elles l'ont prévue ; mais fatalement elles se développent aussi d'une autre manière : par l'interprétation juridique, qui trouve son expression autorisée dans des précédents. »* (ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.407)

[31] *« les précédents historiques, et aussi les circonstances de tout ordre parmi lesquelles la loi a été créée, devront être pris en considération* [dans l'interprétation scientifique ou juridictionnelle]*, car ces éléments ont influencé la volonté du législateur (...) »* (CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.708). De fait, Carré de Malberg se réfère fréquemment à la « tradition » pour interpréter les lois constitutionnelles de 1875 : *« Selon la tradition constitutionnelle, la notion de règlement exécutif ne signifie point que le règlement devra se borner à assurer l'exécution de dispositions déjà décrétées par le législateur lui-même (...). »* (*ibid.,* p.581) ; v. encore, *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89

[32] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.119

[33] *« Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution »* (Article 6, Section 1re, Chapitre IV, Titre III de la Constitution de 1791) ; *« [l]e Directoire pourvoit, d'après les lois, à la sûreté extérieure ou intérieure de la République. Il peut faire des proclamations conformes aux lois et pour leur exécution. (...) »* (article 144 de la Constitution du Directoire, du 5 Fructidor An III, 22 août 1795)

[34] *« [l]e gouvernement propose les lois, et fait les règlements nécessaires pour assurer leur exécution. »* (article 44 de la Constitution de l'an VIII) ; *« [l]e roi (...) fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat. »* (article 14 de la Charte de 1814) ; *« [l]e roi (...) fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution »* (article 13 de la Charte de 1830) ; *« [le Président de la République] surveille et assure l'exécution des lois »* (article 49 de la Constitution du 4 novembre 1848) ; *« [l]e président de la République (...) fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois. »* (article 6 de la Constitution du 14 janvier 1852) ; *« [l]e président de la République (...) promulgue les lois lorsqu'elles ont été votées par les deux chambres ; il en surveille et en assure l'exécution »* (article 3 de la loi du 25 février 1875) ; *« [l]e président du Conseil des ministres assure l'exécution des lois. »* (article 47 de la Constitution de 1946)

conférer un fondement au pouvoir réglementaire (i), ou *inavoué* de renforcer l'Exécutif en pleine crise du parlementarisme (ii).

i) Un objectif avoué : fonder l'existence du pouvoir réglementaire

377. Le silence des lois constitutionnelles de 1875, et de la Constitution de 1946, sur l'existence du pouvoir réglementaire oblige la doctrine et la jurisprudence à procéder à une relecture *« génétique »* (M. Troper) de la fonction d'exécution des lois[35]. Il faut *« rattacher au texte l'évolution qui l'a précédé »* (L. Duguit), c'est-à-dire l'interpréter à la lumière de la pratique du XIXe siècle. Or, au cours de cette période, l'exécution des lois ne se réduit plus à la conception, étroite et mécanique, théorisée par Jean-Jacques Rousseau et exaltée en 1789 (*cf. supra,* introduction générale, n°37 s.). Au contraire, elle fait l'objet d'un considérable élargissement ; elle devient synonyme *d'action* – donc d'administration – voire de *volonté* – donc de gouvernement[36]. Surtout, les textes constitutionnels du XIXe siècle, adossent expressément le pouvoir réglementaire à la réalisation de cette fonction ; selon la formule consacrée, l'Exécutif *« fait les règlements nécessaires pour l'exécution des lois »*[37]. La production de « règlements » apparaît donc comme un *moyen* nécessaire à la réalisation d'une *fin*, largement entendue. (*cf. infra,* section 2). A la faveur de cette reconnaissance textuelle expresse, et de la pratique essentiellement monocratique du constitutionnalisme de l'époque[38], le pouvoir réglementaire s'enracine pleinement au XIXe siècle.

378. A la fin du XIXe siècle, la fonction « d'exécution des lois » est donc porteuse d'ambiguïtés, à la faveur desquelles va pouvoir s'épanouir le pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme républicain de 1875 et 1946. D'une part, la fonction « d'exécution des lois » rappelle l'idéal de la conception rousseauiste de la loi et symbolise le renouement avec la « mythologie de 1789 », nécessaire à l'enracinement de la République parlementaire (*cf.*

---

[35] v. STECK, O., *op. cit.,* p.103 et s.

[36] v., ROLAND, S., « La notion d'exécution dans la doctrine du XIXe siècle », *art. cit.*

[37] Michel Verpeaux considère néanmoins que cette formule, issue de l'article 44 de la Constitution de l'an VIII, ne consacre pas explicitement l'existence du pouvoir réglementaire. (VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.411-412). Les archives révèlent pourtant que la rédaction définitive de l'article 44 diffère sensiblement de sa rédaction d'origine, qui limitait les effets des règlements à la seule sphère administrative. La minute d'origine disposait, en effet : *« Le gouvernement propose les lois et fait les règlements d'administration publique. Ces règlements obligent les fonctionnaires et non les citoyens. Ils ne peuvent contrarier ou modifier aucune loi. »* (cité par BOURDON, J., *La Constitution de l'an VIII,* Rodez : Carrère, 1941, 121 pages, spéc. p.49). Cette formulation d'origine revenait à reconnaître, non le pouvoir réglementaire, mais le « pouvoir instructionnel ». Elle a été expressément écartée au profit d'une formulation plus favorable aux pouvoirs de l'Exécutif. Il est permis d'y voir une volonté de consacrer le pouvoir réglementaire.

[38] Sur ce point, v. DURAND, C., *Etudes sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle,* Aix-en-Provence : PUAM, 1976, 416 pages

supra, n°37 et s., et 281 s.) ; d'autre part, elle véhicule les héritages et les pratiques constitutionnelles du XIXe siècle ayant conféré son plein éclat au pouvoir réglementaire. Cette ambiguïté contenue dans la fonction « d'exécution des lois » permet donc aux républicains d'admettre l'existence d'une législation gouvernementale, tout en affirmant sa subordination à la loi. Ainsi, la fonction « d'exécution des lois » fait figure de filiation constitutionnelle, non seulement entre la République parlementaire et 1789, mais entre la République parlementaire et l'an VIII.

379. Ces considérations expliquent pourquoi, sous la troisième République, toute recherche sur le pouvoir réglementaire implique, préalablement, une étude de la pratique du constitutionnalisme du XIXe siècle. L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 est interprété à la lumière de cette tradition[39]. C'est la méthode qu'emploie Adhémar Esmein, dès 1896, pour justifier l'existence constitutionnelle du pouvoir réglementaire :

> « Ce droit général de faire ainsi des règlements pour l'exécution des lois s'est progressivement développé en France depuis la Révolution (…). Il paraît, depuis plus d'un demi-siècle, si naturellement inhérent au pouvoir exécutif, qu'il est visé comme en passant dans nos lois constitutionnelles par un seul mot, mais l'expression ne peut laisser prise à aucun doute lorsqu'on suit à cet égard la série de nos diverses Constitutions. »[40]

S'en suit une longue étude de la pratique du XIXe siècle. La même méthode est employée par Félix Moreau en 1902 dans son importante monographie consacrée au *Règlement administratif.* Il conclut :

> « Le Président de la République (…) assure et surveille l'exécution [des lois]. Ces derniers mots sont les seuls dans lesquels on puisse, avec un peu de bonne volonté, trouver une allusion lointaine au pouvoir réglementaire. Ils ne permettent guère de justifier l'importante et complexe coutume qui s'est formée depuis la Constitution de l'an VIII. Le principal mérite qu'on puisse leur reconnaître est qu'ils n'interrompent pas la tradition et ne gênent pas la coutume. »
>
> « [Le pouvoir réglementaire] n'a pas d'autre fondement que la disposition assez vague de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (art. 3) (…). C'est peu ; on s'en contente néanmoins, parce que la tradition est sur ce point si nette et si forte que, pour la rompre, un texte affirmatif serait nécessaire, tandis que, pour la continuer, un texte vague suffit ; parce qu'aussi la nécessité est si évidente, que pour la reconnaître et y céder, une phrase indécise suffit encore.
>
> La tradition a déjà été démontrée. Elle est, à elle seule, la preuve que le pouvoir réglementaire est nécessaire. »[41].

---

[39] Cette démonstration a déjà été opérée par Olivier Steck, *op. cit.,* p.103 et s. On renvoie à ses développements.
[40] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.509
[41] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.127 et p.159

Adhémar Esmein et Félix Moreau sont suivis dans leur démarche par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation[42], et par la grande majorité de la doctrine constitutionnelle des IIIe et IVe Républiques. Maurice Hauriou[43], Léon Duguit[44], Raymond Carré de Malberg[45], Julien Laferrière[46], René Capitant[47], Georges Liet-Veaux[48], Roger Pinto[49], André de Laubadère[50] et Maurice Duverger[51] interprètent tous la « fonction d'exécution des lois » à la lumière de la tradition héritée du XIXe siècle. Dénominateur commun entre les constitutions antérieures et les constitutions de 1875 et 1946, la « fonction d'exécution des lois » exprime une filiation constitutionnelle séculaire, bien utile à la réception du pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme républicain ; elle est aussi le véhicule d'une « constitution administrative » permettant de justifier l'extension des pouvoirs de l'Exécutif.

ii) Un objectif inavoué : renforcer l'Exécutif

380. A l'épreuve de la crise du parlementarisme, l'interprétation traditionnelle des lois constitutionnelles de 1875 et de la Constitution de 1946 permet également de renouer avec des pratiques – héritées du XIXe siècle – plus favorables aux pouvoirs de l'Exécutif[52]. Ainsi, par exemple, la référence à la « tradition » ou aux « principes traditionnels du droit public français » est progressivement employée au soutien de la démonstration de l'existence de prérogatives *réservées* à l'Exécutif. Sous les troisième et quatrième Républiques, la lecture traditionnelle de la « fonction d'exécution des lois » est paradoxalement utilisée pour justifier l'existence d'un pouvoir réglementaire *autonome*[53]. En 1945, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat se réfère encore à la « tradition » pour réaliser l'extension des pouvoirs du

---

[42] v. STECK, O., *op. cit.,* p.512 et s., et les jurisprudences citées

[43] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 12e éd., *op. cit.,* p.556, note 7.

[44] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2e éd., *op. cit.,* p.664-688, et p.700

[45] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.573 ; CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89-90

[46] LAFERRIERE, J., « La coutume constitutionnelle », *art. cit.,* p.43

[47] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5569 – 1ère séance du 9 août 1948

[48] LIET-VEAUX, G., *Droit constitutionnel,* Paris : Editions Rousseau, 1949, 342 pages, spéc. p.229

[49] PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., Lille : Morel et Corduant, 1952, 579 pages, spéc. p.533

[50] LAUBADERE, A. (de), *Traité élémentaire de droit administratif,* Paris : LGDJ, 1952, 844 pages, spéc. p.193-194

[51] DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 1ère éd., Paris : Presses Universitaires de France, 1955, 651 pages, spéc. p.513

[52] v. REDOR, M., *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op. cit.,* p.134-135

[53] v., par exemple, MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.169 ; LAFERRIERE, J., « La coutume constitutionnelle », *art. cit.,* p.44 ; LAUBADERE, A. (de), *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* p.194 ; VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE,* 1954, p.21-53, rééd. *in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine, 2. L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale,* Paris : LGDJ, 1980, t.2, 544 pages, spéc. p.129-176, spéc. p.159

Gouvernement provisoire pendant la période transitoire (*cf. infra,* n°534 s.). Le 9 août 1948, c'est la référence à une *« très vieille tradition du droit français »*[54] qui conduit Henri Teitgen à justifier, devant l'Assemblée nationale, l'existence de « matières réglementaires par nature » ouvertes au pouvoir réglementaire autonome, sinon réservées à l'Exécutif. La tradition est donc une technique d'interprétation qui permet de *« corriger »*[55] (F. Batailler) la rigueur des dispositions constitutionnelles de 1875 et 1946 à l'endroit des pouvoirs de l'Exécutif. En renforçant le rôle du Conseil d'Etat dans l'exercice de la législation gouvernementale, l'ordonnance du 31 juillet 1945 est également caractéristique d'une volonté de renouer avec une « constitution administrative » héritée du XIXe siècle.

2) Renouer avec la « constitution administrative » du XIXe siècle : l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat

381. L'exécution des lois n'est pas le seul véhicule de la réception du constitutionnalisme du XIXe siècle dans le constitutionnalisme républicain. L'ordonnance du 31 juillet 1945 – dans la lignée de la loi du 24 mai 1872 – réaffirme et renforce le rôle du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions de l'Etat (b). Ce faisant, elle témoigne de la volonté de renouer avec une tradition nettement monocratique (a).

a) Le Conseil d'Etat, figure d'une tradition monocratique

382. Institution pluriséculaire par excellence, créée en l'an VIII et maintenue par tous les régimes postérieurs, le Conseil d'Etat incarne objectivement, sinon subjectivement[56], une certaine fidélité au passé ; les attributions du Conseil, sa composition, son organisation et son fonctionnement internes, ses méthodes jurisprudentielles sont en grande partie issus de

[54] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5584 – 2ème séance du 9 août 1948

[55] BATAILLER, F., *op. cit.,* p.145. L'auteure considère que les arrêts *Heyriès* et *Labonne* sont l'expression de cette interprétation traditionnelle de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (*ibid.*).

[56] PUGET, H., « Tradition et progrès au sein du Conseil d'Etat », *in : Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949,* Dalloz Sirey, 1952, 692 pages, spéc. p.109-129. ; v. aussi les propos de René Cassin lors de son installation à la vice-présidence du Conseil d'Etat en décembre 1944 : *« Je me conformerai à la noble tradition républicaine léguée par Laferrière, et exaltée par Théodore Tissier, qui consiste non seulement à dire le droit, à l'enseigner ou à le faire, mais aussi à le défendre. »* cité par TEITGEN-COLLY, C., « René Cassin Vice-Président du Conseil d'Etat », *RDP,* 2011, n°1, p.15-53

l'époque napoléonienne et sont parvenus presque intacts jusqu'à aujourd'hui[57]. Son rôle dans la continuité et la stabilité du droit et des institutions n'est plus à démontrer[58].

383. Le Conseil d'Etat est la figure d'une tradition monocratique. En l'an VIII, il est conçu comme le bras armé de la puissance du futur empereur[59]. En renouant avec le modèle du *« gouvernement à grand conseil »* (G. Lavau), hérité de l'Ancien régime, il porte le *« coup de grâce »* [60] aux acquis de la Révolution française. Ses attributions législatives témoignent d'ailleurs d'une volonté d'en finir avec le principe de « la loi, expression de la volonté générale. » Par la Constitution du 14 janvier 1852, Louis-Napoléon Bonaparte restaure le Conseil d'Etat dans ses attributions et son autorité. A cette époque s'élabore, sous sa plume, le droit administratif moderne dont l'objectif n'est pas *« de servir les administrés, ni de protéger leurs droits, mais de prémunir l'Etat contre leur mécontentement, de contribuer à la rationalisation administrative et, plus largement, au triomphe de la conception napoléonienne de l'ordre »*[61]. Si bien qu'en 1859, Vivien y voit un *« auxiliaire facile du pouvoir absolu. »*[62]

384. Dans ces conditions, on comprend que le Conseil d'Etat fasse, pour certains, figure de *« hantise républicaine »* (N. Nicolet). Symbole du bonapartisme et du pouvoir personnel, il est perçu par les Républicains du XIXe siècle, comme la *« dernière forteresse de la réaction »*[63]. L'institution fait d'ailleurs l'objet d'une importante épuration en 1879. Devenu républicain, le Conseil acquiert une légitimité en s'érigeant en instrument de la soumission de l'Administration au droit et à la loi [64]. Il n'en reste pas moins, structurellement et fonctionnellement, *l'auxiliaire* de l'Exécutif ; rattaché au ministère de la Justice, le Conseil d'Etat conserve d'importantes attributions consultatives sous la troisième République, notamment dans l'élaboration des règlements d'administration publique (RAP) – qui ne

---

[57] BIGOT, G., « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », *in : Ce droit qu'on dit administratif…, op. cit.,* p.35

[58] VEDEL, G., « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *in : Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* tome 2, Paris : LGDJ, 1974, 858 pages, spéc. p. 777-793 ; LANZA, A., *L'expression constitutionnelle de l'administration française : contribution à l'étude des constantes constitutionnelles, op. cit.,* p.123 et s

[59] BIGOT, G., « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », *in : Ce droit qu'on dit administratif…, op. cit.,* p.35

[60] BIGOT, G., *L'Administration française : politique, droit et société. Tome 1, 1789-1870,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 397 pages, spéc. p.165

[61] BIGOT, G., « Le Conseil d'Etat, juge gouvernemental », *in : Ce droit qu'on dit administratif…, op. cit.,* p.61-62

[62] VIVIEN, A., *Etudes administratives,* 3e éd., Paris : Guillaumin, 1859, p.94 cité par GONOD, P., « Le Conseil d'Etat républicain (de 1872 à nos jours) », *La Revue administrative,* numéro spécial 8, 1999, p.33

[63] WRIGHT, V., « L'épuration du Conseil d'Etat : juillet 1879 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine,* oct.-déc. 1972, p.621-653, spéc. p.626

[64] GONOD, P., « Le Conseil d'Etat républicain (de 1872 à nos jours) », *art. cit.,* p.33 et s. ; v. aussi, BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française, op. cit.,* t.2, p.176 et s.

cessent de se multiplier (*cf. infra,* n°903 s.)[65]. Très vite, d'ailleurs, sa participation aux fonctions de législation primaire est avancée comme un contrepoids au parlementarisme absolu[66]. Sa jurisprudence contentieuse témoignerait même, selon certains auteurs, d'une tendance à protéger les prérogatives de l'Administration[67]. L'*ingenium* du Conseil d'Etat est donc traditionnellement et constitutivement relié à celui de l'Exécutif. En réaffirmant et renforçant son rôle dans l'exercice des fonctions de l'Etat, l'ordonnance du 31 juillet 1945 entend renouer avec cette tradition nettement favorable à l'Exécutif.

b) L'ordonnance du 31 juillet 1945 : réaffirmer et renforcer la participation du Conseil d'Etat à l'exercice des fonctions de législation gouvernementale

385. L'ordonnance n°47-1708 du 31 juillet 1945 réaffirme et renforce le rôle du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions de législation gouvernementale (*cf. infra*, n°381 s.). Ce faisant, elle marque la volonté de renouer la chaîne des temps et de s'inscrire dans une filiation héritée de l'an VIII. Pourtant, ce renforcement du Conseil d'Etat à la Libération n'allait pas de soi. Structurellement, en effet, la période est marquée par la volonté de rejeter le pouvoir personnel et le modèle césarien de « gouvernement à grand conseil » qu'incarne – quoi qu'on en dise – le Conseil d'Etat (*cf. supra,* n°255). Conjoncturellement, et surtout, l'institution vient de participer activement à l'œuvre législative de Vichy[68], en refusant passivement de censurer les actes législatifs du Maréchal Pétain, fussent-ils raciaux[69]. A la

---

[65] v. GAUDEMET, Y., STIRN, B., DAL FARRA, T., ROLLIN, F., *Les Grands avis du Conseil d'Etat,* 3ème éd., Paris : Dalloz, 3ème éd., 2008, 834 pages, spéc. p.10-11

[66] v. VANNEUVILLE, R., « Le Conseil d'Etat au tournant du siècle, raison politique et conscience légale de la République », *in :* BARUCH, M.-O., DUCLERT, V., *Serviteurs de l'Etat : une histoire de l'administration française : 1875-1945,* Paris : La Découverte, 2000, 587 pages ; v. aussi BOUVIER, L.-A., *Le Conseil d'Etat et la confection de la loi, op. cit.,* p.76 et s.

[67] v. BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.,* p.383 et s. ; MESTRE, A., *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration,* LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 116, 1974, 312 pages ; FAVOREU, L., « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis,* Dalloz, 1991, pp.237-255 ; FOULQUIER, N., « Le Conseil d'Etat et l'antiparlementarisme. Questions sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative », *Droits,* 2007, n°44, p.161-180

[68] MARCOU, J., *Le Conseil d'Etat sous Vichy : 1940-1944,* Thèse, Grenoble 2, 1984, 508 pages ; DUBOIS, J.-P., « La jurisprudence administrative », *in : Le droit antisémite de Vichy,* Paris : Seuil, 1996, 612 pages, spéc. p.339-362 ; MASSOT, J., « Le Conseil d'Etat et le régime de Vichy », *in : Deuxième Centenaire du Conseil d'Etat, La Revue administrative,* numéro spécial, 1999, p.100 et s. ; BARUCH, M.-O., « Le Conseil d'Etat sous Vichy », *in :* Deuxième centenaire du Conseil d'Etat*, La Revue administrative*, numéro spécial, 1999, p.134 et s. ; FABRE, P., *Le Conseil d'Etat et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme,* Paris : Publications de la Sorbonne, 2001, 401 pages ; CARTON, O., « Regard sur l'activité consultative du Conseil d'Etat de 1940 à 1944 : peut-on conseiller innocemment un gouvernement comme celui de Vichy ? », *RDP,* n°3, 2010, p.593

[69] v. MASSOT, J., « Le Conseil d'Etat et le régime de Vichy », *op. cit.,* p.95 et s. et DUBOIS, J.-P., « La jurisprudence administrative », *op. cit.*

Libération, le sort du Conseil d'Etat est incertain[70]. Ces incertitudes sont de courte durée. L'institution sort finalement renforcée de l'expérience de la Seconde guerre mondiale. Les raisons en sont connues. D'abord, le Conseil d'Etat s'est certainement régénéré *« de la substance purificatrice de la France libre »*[71], lorsqu'à la Libération le Comité juridique d'Alger et le Comité temporaire du contentieux y sont réintégrés sous la présidence de René Cassin (*cf. supra,* n°277 s.). On assiste, ensuite, à une nouvelle épuration : les membres trop proches de Vichy sont écartés de l'institution, tandis que de nombreux résistants y accèdent par la voie du tour extérieur[72]. En outre, le Conseil d'Etat conserve de sérieux défenseurs, bien au-delà du cercle des gaullistes[73]. Enfin, et surtout, le Conseil d'Etat n'aura de cesse – dans la lignée de la « doctrine Bouffandeau »[74] et sous la présidence de René Cassin – de se présenter comme le gardien de la légitimité républicaine et des « principes de 1789 »[75].

386. L'ordonnance du 31 juillet 1945 est élaborée par la Commission d'études pour la réforme du Conseil d'Etat, constituée par François de Menthon en 1944 et présidée par René Cassin[76]. Elle reconduit pour l'essentiel la législation ancienne de 1872 (i) mais renforce le rôle du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions primaires de législation, gouvernementale et parlementaire (ii). Ce faisant, elle renoue véritablement avec l'héritage de l'an VIII.

---

[70] En témoignent, les propositions de réforme du Conseil d'Etat à la Libération, v. *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque,* 1799-1974, Editions du CNRS, 1974, 1012 pages, spéc. p.827-828.v. aussi, ROLLAND, J.-C., *La suppléance du Conseil d'Etat auprès de la France Libre (1940-1945), op. cit.,* p.454 et s., spéc p.462 s.

[71] FABRE, P., *Le Conseil d'Etat et Vichy : le contentieux de l'antisémitisme, op. cit.,* p.305

[72] v. KESSLER, M.-C., *Le Conseil d'Etat,* Paris : A. Colin, 1968, 389 pages, spéc. p.159 ; v. aussi, *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, op. cit.,* p.825 ; v. encore, GONOD, P., *La présidence du Conseil d'Etat républicain, op. cit.,* p.19 et s.

[73] Michel Debré, par exemple, en avril 1944, dans les *Cahiers politiques,* se livre à l'analyse de l'affaiblissement du rôle du Conseil d'Etat sous la IIIe République et conclut que *« [l]e temps est venu de reconstituer autour de la Présidence du Conseil, un nouveau Conseil d'Etat, adapté aux besoins et aux responsabilités d'un chef de gouvernement moderne. »* (DEBRE, M., « Le problème constitutionnel français », *Les cahiers politiques,* n°8 avril 1944, p.15.) Plusieurs projets constitutionnels de la Résistance souhaitent le renforcement fonctionnel du Conseil d'Etat, particulièrement dans l'exercice des fonctions primaires de législation. (v. les projets d'André Philip, de Charles Dumas, de Félix Gouin et de Défense de la France reproduits *in :* CALLON, J.-E., *op. cit.*, respec. p.50 s. et p.233 s., p.169 s., p.175 s., p.62 s.)

[74] BOUFFANDEAU, T., « Le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la libération du territoire métropolitain », *in :* « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution », *EDCE,* n°1, 1947, p.23 et s. Emmanuel Cartier y voit un *« véritable plaidoyer* pro domo *pour la réhabilitation du Conseil d'Etat présenté comme l'un des acteurs de la sauvegarde des grands principes du droit français face à l'arbitraire de la législation de Vichy. »* (CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain », op. cit.,* p. 403)

[75] CASSIN, R., « Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle,* janvier-juin 1951, p.54-61

[76] *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, op. cit.,* p.830 et s.

i) Renouer avec la loi du 24 mai 1872 : le rôle réaffirmé du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions secondaires de législation

387. L'ordonnance du 31 juillet 1945 réaffirme d'abord la participation du Conseil d'Etat à l'exercice des fonctions secondaires de législation gouvernementale. Ce faisant, elle reconduit les acquis de la loi du 24 mai 1872[77] : par ses attributions administratives, le Conseil d'Etat demeure co-législateur secondaire *positif,* par ses attributions contentieuses, il demeure législateur secondaire *négatif* :

- l'article 22 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 réaffirme la consultation obligatoire du Conseil d'Etat sur les projets de RAP et de décrets en forme de RAP[78]. Cette disposition, telle qu'interprétée alors par l'Assemblée du contentieux (*cf. infra,* n°860), érige le Conseil d'Etat en « co-auteur » des RAP ; elle le place en situation de co-législateur secondaire positif. L'article 23 de l'ordonnance conserve au Gouvernement le droit de saisir facultativement le Conseil sur tout autre projet de décret ou sur toute difficulté qui s'élève en matière administrative. Ces deux articles réitèrent – dans les mêmes termes – les dispositions de l'article 8 de la loi du 24 mai 1872. Ils réaffirment la volonté d'associer le Conseil d'Etat à l'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire, et plus généralement à l'exercice de la fonction administrative.

- l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 réaffirme la fonction contentieuse du Conseil d'Etat pour « statuer souverainement sur les recours en annulation formés contre les actes des diverses autorités administratives ». La volonté de renouer avec l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 est évidente, ce dont témoigne l'identité des formules employées. Cette solution n'allait pourtant pas de soi. A la Libération, plusieurs projets entendent *scinder* les activités administratives et contentieuses du Conseil d'Etat[79], comme l'ont d'ailleurs réalisé les autorités provisoires de la France Libre en distinguant le Comité juridique du Comité temporaire du contentieux. Ces projets n'aboutissent pas. La dualité fonctionnelle du Conseil d'Etat est conservée[80], en 1945, sur le modèle de la justice administrative hérité du XIXe siècle. Ce faisant, parce qu'il participe notamment à l'annulation des actes réglementaires de l'Exécutif, le Conseil demeure un législateur secondaire *négatif.*

---

[77] Reconduisant elle-même, pour partie, les acquis de la législation antérieure (v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française, op. cit.,* t.2, p.183-184)

[78] Sur la distinction entre ces deux formes de règlements, *cf. infra,* n°855

[79] *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, op. cit.,* p.827-828 ; v. encore, CASSIN, R., « Introduction », *EDCE,* 1951, p.10

[80] v. ROLLAND, J.-C., *La suppléance du Conseil d'Etat auprès de la France Libre (1940-1945), op. cit.,* p.508 et s.

ii) Renouer avec l'an VIII : le rôle retrouvé du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions primaires de législation

388. Le *risorgimento* du Conseil d'Etat à la Libération est ailleurs. Il réside dans la reconnaissance – pour la première fois dans le constitutionnalisme républicain[81] – de sa participation *obligatoire* à l'exercice des fonctions primaires de législation d'initiative gouvernementale ; c'est-à-dire rend obligatoire l'examen du Conseil sur les *projets de loi formelle* et des *projets de décrets-lois*. Ce faisant, l'ordonnance du 31 juillet 1945 renoue moins avec la loi du 24 mai 1872, qu'avec la Constitution de l'an VIII.

- l'article 21 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 rend obligatoire la consultation du Conseil d'Etat sur tous les projets de loi d'origine gouvernementale ; une Commission permanente est instituée à cet effet par l'article 25. Ces dispositions auront une importance considérable dans le constitutionnalisme de la IVe République : non seulement, elles permettent d'associer le Conseil d'Etat à l'élaboration de tous les projets de *loi de pleins-pouvoirs*, mais surtout elles ouvrent la voie à sa participation à l'élaboration des projets de *loi constitutionnelle.* Elles placent l'Exécutif en situation de maîtriser – sur le fond – la production de la législation formelle.

- l'article 22 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 rend obligatoire la consultation du Conseil d'Etat sur les « projets de décrets ayant force législative », c'est-à-dire sur les projets de décrets-lois. L'on doit à René Cassin l'introduction de cette disposition dans le projet d'ordonnance[82], à l'occasion d'une séance de la Commission d'études pour la réforme du Conseil d'Etat, le 31 janvier 1945. Dans son rapport présenté au Garde des Sceaux, au nom de la Commission, Henry Puget s'en justifiera de la façon suivante :

> « [D]ans certaines circonstances, l'adhésion expresse des représentants de la Nation n'est plus requise pour des mesures ayant force de loi. L'Exécutif qui légifère a particulièrement besoin d'avis et d'appuis. On le sait pourtant, au cours des dernières années de la IIIe République, tandis que le Parlement, par des concessions répétées de pouvoirs spéciaux qui sont à la base des décrets-lois, consentait à des éclipses de plus en plus longues, le Conseil d'Etat, sous son aspect

[81] La Constitution républicaine de 1848 (art. 75) consacre déjà cette participation du Conseil d'Etat à l'exercice de la législation primaire. Mais cette attribution demeure *facultative.* Elle est laissée à la discrétion du Gouvernement et de l'Assemblée nationale. (v. BOUVIER, L.-A., *op. cit.,* p.45 et s.)

[82] Les comptes-rendus des débats révèlent que : *« Le Président demande que la participation du Conseil d'Etat à la confection des « décrets-lois » soit prévue, car des décrets-lois seront pris dès que l'Assemblée élue siègera. Une note au Gouvernement sera faite sur ce point avec référence à la loi de 1939 et à l'ordonnance du 21 avril 1944 ».* Source : Commission d'études pour la réforme du Conseil d'Etat – Modifications apportées au projet d'ordonnance sur le Conseil d'Etat adoptées au cours de la séance du 31 janvier 1945 ; Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine – Archives privées René Cassin – 382 AP 100 – Fonctionnement intérieur du Conseil d'Etat – Dossier 3 : réforme générale du Conseil d'Etat. 1943-1956 ; Commission d'études pour la réforme du Conseil d'Etat : séances, notes et correspondance, 1943-1945, Projet de décret et d'ordonnance, p.9-10 ; Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine.

> de corps consultatif, demeurait languissant. (…) [L]a Commission a estimé que si un jour, en dehors de la forme des ordonnances, le Gouvernement devait employer la procédure des décrets-lois (et il en aurait la possibilité après l'élection d'une Assemblée Représentative (…)), ces décrets-lois devraient, eux-aussi, être soumis de façon obligatoire au Conseil d'Etat. Un article spécial a été inséré à cet effet. »[83]

Là encore, cette disposition revêt une importance considérable dans l'histoire de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Elle révèle, qu'en dépit des idées reçues, les acquis du réformisme des années 1930 ne sont pas totalement éclipsés à la Libération. Le Conseil d'Etat[84] a conscience de son rôle à jouer dans l'exercice de la législation gouvernementale primaire. Surtout, cet article 22 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 permet désormais d'associer le Conseil d'Etat à l'élaboration de *tous les décrets-lois* sous la IVe République (*cf. infra,* n°724 s.). Ce faisant, il renoue pleinement avec le modèle du « gouvernement à grand conseil » (G. Lavau) hérité de l'an VIII.

389. Le silence de la Constitution de 1946 sur le pouvoir réglementaire est donc largement corrigé par l'ordonnance du 31 juillet 1945. Elle est le véhicule de la réception de la « constitution administrative », et des pratiques gouvernementales héritées du XIXe siècle, – y compris de l'an VIII – dans le droit constitutionnel de la IVe République. Il est permis d'y voir une véritable manifestation de *l'existence* du pouvoir réglementaire, de son fondement et de son champ, nonobstant les lacunes constitutionnelles sur la question. En témoigne encore la survivance du « régime des décrets » dans le constitutionnalisme de la République parlementaire.

B- LA SURVIVANCE DU « REGIME DES DECRETS » AUX COLONIES

390. Dans l'Europe impérialiste de la fin du XIXe siècle, la colonisation est perçue comme un facteur de puissance et de modernité[85]. La France connaît ainsi, entre 1871 et 1914, une expansion coloniale sans précédent, ayant pour spécificité d'être réalisée par la République parlementaire. Administrer l'empire colonial devient rapidement, et par conséquent, un enjeu du constitutionnalisme républicain. Or, à la différence des constitutions antérieures, les lois constitutionnelles de 1875 sont entièrement silencieuses sur le régime législatif des colonies.

---

[83] *ibid.,* p.9-10

[84] La Commission d'études pour la réforme du Conseil d'Etat est majoritairement composée de conseillers d'Etat et maîtres des requêtes.

[85] Les causes « humanitaires » sont généralement avancées pour voiler les volontés impérialistes, et de puissance politique, économique, démographique, scientifique ou culturelle, de la colonisation. (v. BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire du XIXe siècle, op. cit.,* p.489 et s.)

Les nécessités pratiques imposent ainsi de renouer avec le régime antérieur, hérité du Second Empire. De sorte que l'administration coloniale de la troisième République fait figure – ici plus qu'ailleurs – de *« rejeton posthume de l'administration napoléonienne »*[86] (P. Legendre). Là-encore, et paradoxalement, la fonction « d'exécution des lois » est le véhicule de la réception formelle du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, véritable constitution des colonies, dans le constitutionnalisme républicain de 1875 (1). La volonté d'en finir avec ces pratiques, héritées du Second Empire, aboutit à l'adoption de l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946. S'il abroge implicitement le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, ce texte ne rompt pas pour autant avec le « régime des décrets » qu'il instituait (2).

1) La survivance formelle du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 sous la troisième République[87]

391. Les lois constitutionnelles de 1875 sont silencieuses sur le régime législatif des colonies. Cette lacune pose rapidement la question de la survivance – c'est-à-dire de *l'absence d'abrogation implicite* – du régime antérieur. En dépit des controverses doctrinales[88], il est acquis par le législateur et la jurisprudence le principe du maintien en vigueur du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 et de la loi du 24 avril 1833 (b) qui font figure d'habilitations générales au profit de l'Exécutif pour légiférer dans les colonies et l'Algérie (a), reconnues comme établissant un véritable « régime des décrets » aux colonies.

a) Le Sénatus-consulte *du 3 mai 1854 : éléments d'exégèse*

392. A l'instar de ses devancières, la Constitution du 14 janvier 1852 pose le principe d'une dualité de régime entre la législation métropolitaine et la législation coloniale, mieux connue sous le nom de *spécialité législative*[89]. L'article 27 confie ainsi au Sénat impérial la mission de régler par *sénatus-consulte* la « constitution des colonies et de l'Algérie », ce à

[86] LEGENDRE, P., *Trésor historique de l'Etat en France : l'Administration classique,* Paris : Fayard, 1992, 638 pages, spéc. p.158, cité par BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française, op. cit.,* t.2, p.325

[87] Sur cette question, on renvoie aux riches développements d'Olivier Steck (*La renaissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.210 et s.)

[88] v. STECK, O., *op. cit.* p.210 et s., et la bibliographie citée. v. encore, DURAND, B., « Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements ? Une controverse aux frontières du droit et de la politique. », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français,* 2007, n°3, p.11-54 et la bibliographie citée.

[89] Cette exigence de « spécialité législative » est commandée par la *« différence des milieux, des civilisations et des besoins »* propre à chaque colonie. (THOMAS, J., « Nature juridique des *Sénatus-consultes », Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence,* 1915, p.115-164, spéc. p.131). Elle justifie l'existence d'une *adaptation* de la règle de droit dans chaque territoire. Or, telle est la spécificité fonctionnelle du règlement par rapport à la loi (*cf. infra,* n°522 s.).

quoi s'attache le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, à l'exception du régime législatif de l'Algérie. Sans entrer, dès à présent, sur la question de la valeur juridique du *Sénatus-consulte,* il faut indiquer que ce texte institue et organise les habilitations à légiférer dans les colonies. Les fonctions primaires de législation sont réparties *ratione loci* et *ratione materiae* entre les trois organes constitutionnels, le Sénat, le Corps législatif et l'Empereur[90].

393. *Ratione loci,* le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 établit une distinction entre les vieilles colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion (titre 2) et les autres colonies (titre 3), auxquelles il faut rattacher l'Algérie. S'agissant du premier groupe de colonies – régies par le titre 2 – les fonctions de législation sont réparties *ratione materiae* entre les organes. Au Sénat impérial, agissant par *sénatus-consultes* sanctionnés et promulgués par l'Empereur, sont réservées plusieurs matières énumérées à l'article 3. Y figurent notamment les matières relatives au statut individuel des personnes, classiquement réservées à la loi (*cf. infra,* n°923 s.). A la législation formelle ordinaire, c'est-à-dire au Corps législatif et à l'Empereur, et sous le contrôle du Sénat, l'article 4 réserve la régulation du régime commercial des colonies, matière qui – parce qu'elle touche de près aux relations avec la Métropole – justifie qu'elle soit régie conformément à la procédure législative formelle applicable en Métropole. Les autres matières sont régies par décrets de l'Empereur, dont les formes diffèrent selon une nouvelle subdivision matérielle : aux règlements d'administration publique, édictés après l'avis du Conseil d'Etat, sont réservées par l'article 6 les matières traditionnellement administratives (police, organisation et fonctionnement des services publics (*cf. infra,* n°985 s., n°987 s.), tandis qu'aux décrets simples sont laissées les matières résiduelles.

394. Dans toutes les autres colonies – régies par le titre 3 – les fonctions primaires de législation sont exercées par l'Empereur, par la voie de décrets simples (article 18). De là résulte l'idée que le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 organise un véritable « régime des décrets ». Ce faisant, il ne rompt pas avec le régime antérieur – émané de la loi du 24 avril 1833[91] – qui laissait aux ordonnances royales, sans considération de matières, la régulation des établissements français dans les Indes orientales et en Afrique, auxquels appartiendra l'Algérie en 1834[92]. La doctrine ancienne – telle qu'incarnée, par exemple, par Edouard

---

[90] Le *Sénatus-consulte* est reproduit en Annexe, n°3. Pour une analyse détaillée du texte, v. ROLLAND, L., LAMPUE, P., *Précis de législation coloniale,* 3e éd., Paris : Dalloz, 1940, 574 pages, spéc. p.150 et s.

[91] DUVERGIER, J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat, op. cit.,* t.33, p.74

[92] Ainsi s'explique que le statut de l'Algérie soit régi par une ordonnance royale du 22 juillet 1834 (*ibid.,* t.33, p.200)

Laferrière – y voyait une véritable « délégation générale et permanente » de puissance législative, conférée à l'Empereur par le *Sénatus-consulte*[93]. Ce régime aboutissait à faire du chef de l'État un véritable « législateur colonial », dont les actes demeuraient d'ailleurs insusceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'Etat[94]. L'entrée en vigueur des lois constitutionnelles de 1875 – et l'avènement du constitutionnalisme républicain – aboutira progressivement à la requalification contentieuse des décrets coloniaux du chef de l'Etat, mais n'abroge pas le système établi par le *Sénatus-consulte* de 1854. Il demeure une loi d'habilitation dont le Président de la République assure *l'exécution* sur le fondement de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

b) La fonction d'exécution des lois, véhicule de la réception du Sénatus-consulte *de 1854 dans l'ordre juridique de 1875*

395. Le silence des lois constitutionnelles de 1875 sur le régime législatif des colonies fait naître d'importantes controverses doctrinales : la constitution est-elle applicable aux colonies ? si oui, a-t-elle entendu abroger implicitement le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 ? si non, quelle valeur conserve-t-il dans le nouvel ordre juridique ? s'analyse-t-il en une délégation de puissance législative ? les décrets édictés sur son fondement sont-ils soustraits au recours pour excès de pouvoir ? Ces questions ne sont résolues que progressivement – et sur plusieurs décennies – par la doctrine et la jurisprudence de la troisième République[95]. Au terme de la controverse, au milieu des années 1930, il est généralement admis que le *Sénatus-consulte* de 1854 demeure en vigueur à valeur de loi ordinaire (i), et que les décrets édictés sur son fondement – comparables à n'importe quel règlement *d'exécution* – sont susceptibles de recours pour excès de pouvoir (ii). La fonction d'exécution des lois est donc le véhicule de la réception formelle du *Sénatus-consulte* impérial dans le constitutionnalisme de 1875. En 1947, ce montage juridique permet encore de couvrir l'illégalité des ordonnances de l'amiral d'Argenlieu en Indochine (iii).

---

[93] LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 1ère éd., Tome 2, Paris : Berger-Levrault et cie, 1888, 675 pages, spéc. p.5-8

[94] v. STECK, O., *op. cit.,* p.245 et la jurisprudence citée.

[95] *ibid.,* p.217 et s. ; DURAND, B., *art. cit.*

i) L'interprétation conforme du *Sénatus-consulte* de 1854 dans l'ordre juridique de 1875

396. L'entrée en vigueur d'une nouvelle constitution pose la question de la *réception* des normes produites en vertu de l'ordre constitutionnel antérieur par l'ordre constitutionnel nouveau : il s'agit de la *« dimension intégrative »* [96] propre à chaque transition constitutionnelle. La validité future des normes antérieures dépend ainsi de leur réponse aux conditions d'appartenance au nouveau système, c'est-à-dire de leur compatibilité avec la nouvelle norme constitutionnelle, tant sur le fond (validité statique) qu'au regard du mode de production des normes qu'elle détermine (validité dynamique)[97]. Les conflits inter-normatifs qui en découlent se résolvent au bénéfice de la nouvelle Constitution, soit par la technique de l'interprétation conforme, soit par celle de l'abrogation implicite[98] (Sur toutes cette question, *cf. infra,* n°1139 s.).

397. Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 demeure-t-il en vigueur sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ? La question a été débattue et parfois résolue dans un sens négatif[99]. Il est effectivement certain que le *Sénatus-consulte* ne peut survivre à valeur constitutionnelle dans l'ordre juridique de 1875. En disposant que « le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées : la Chambre des députés et le Sénat », l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 a *implicitement* mais *nécessairement abrogé* le système d'habilitations institué par la Constitution du 14 janvier 1852. Or, celle-ci attribuait au Sénat impérial un pouvoir constituant (et de conservation de la constitution), et conférait sans aucun doute la valeur constitutionnelle aux *Sénatus-consultes*[100]. C'est en vertu de ce caractère constitutionnel que le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 coordonne les habilitations de l'Empereur, du Sénat et du Corps législatif à produire de la législation primaire dans les colonies (*cf. supra*, n°392). Il semblerait donc que les lois constitutionnelles de 1875 aient implicitement abrogé le *Sénatus-consulte* de 1854.

398. *« E pur si muove ! »* Et pourtant, le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 continue à s'appliquer dans l'ordre constitutionnel de 1875. L'étude du droit positif suffit à s'en rendre

---

[96] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.17

[97] v., en ce sens, FERRARI, S., « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un *continuum* constitutionnel », *RFDC,* n°83, 2010, p.497-521, spéc. p.499-500

[98] *ibid.,* et la bibliographie citée par Emmanuel Cartier et Sébastien Ferrari.

[99] Telle est par exemple la position du sénateur Isaac en 1890, au soutien du dépôt d'une proposition de loi portant statut des colonies (v. STECK, O., *op. cit.,* p.218 et s.)

[100] v., en ce sens, BIENVENU, A., « Le législateur colonial », *RDP,* 1929, p.224-242 ; ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.427 ; DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., t.4, *op. cit.,* p.693 ; HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.322 ; v. encore, MORABITO, M., *op. cit.,* 14e éd., p.272-273

compte : le Président de la République[101], le législateur[102], et la jurisprudence administrative et judiciaire[103] n'ont jamais cessé de l'appliquer et de s'y référer. On a souvent expliqué ce maintien en vigueur du *Sénatus-consulte* par la théorie de la « déconstitutionnalisation »[104] ; celle-ci aurait été réalisée explicitement par l'article 43 du *Sénatus-consulte* – dit « constitution Ollivier » – du 21 mai 1870[105], voire implicitement « par l'effet des révolutions » à la suite de la proclamation de la République du 4 septembre 1870[106]. Le *Sénatus-consulte* de 1854 aurait ainsi perdu sa valeur constitutionnelle, en demeurant en vigueur à valeur législative.

399. La solution est incontestable : dans l'ordre juridique de 1875, le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 s'apparente effectivement à une loi d'habilitation ordinaire (*cf. infra*, n°401). Mais la théorie de la « déconstitutionnalisation » peine à convaincre. En effet, les normes ne peuvent pas être déformalisées par d'autres normes, mais uniquement *abrogées* par elles[107]. La théorie de la « déconstitutionnalisation » est donc inapte à rendre compte du droit positif, car le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 n'a jamais été abrogé par le législateur de 1875[108].

400. La réception « intégrative » du *Sénatus-consulte* de 1854 dans l'ordre juridique républicain de 1875 est donc le produit d'une *interprétation conforme,* réalisée par les

---

[101] Il suffit d'ouvrir au hasard le *Journal officiel* entre 1875 et 1946 ; v., par exemple : décret du 19 juillet 1877 relatif au régime commercial du Sénégal (J.O.R.F. du 20 juillet, p.5318) ; décret du 25 juillet 1914 organisant la procédure des recours en annulation devant la cour d'appel de l'Afrique occidentale française (J.O.R.F. du 16 août, p.7459) ; décret du 12 juillet 1924 réglementant les parcs d'élève des huîtres comestibles en Nouvelle-Calédonie et autorisant l'exportation de leurs produits (J.O.R.F. du 18 juillet, p.6458)

[102] v., par exemple, loi du 7 mai 1881 relative à l'établissement du tarif général des douanes (J.O.R.F. du 8 mai, p.2521), article 3 : *« Pour les colonies qui ne sont pas régies par le Sénatus-consulte du 3 mai 1854, complété par celui du 4 juillet 1866, les tarifs de douane seront établis par décret du Gouvernement métropolitain, le Conseil d'Etat entendu. »* ; Loi du 28 juillet 1885 relative à l'établissement, à l'entretien et au fonctionnement des lignes télégraphiques et téléphoniques (J.O.R.F. du 30 juillet, p.3994), article 14 : *« La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies régies par le Sénatus-consulte du 3 mai 1854. »*

[103] v. STECK, O., *op. cit.,* p.246 et s., et la jurisprudence citée

[104] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.410 ; THOMAS, J., « Nature juridique des *Sénatus-consultes », art. cit.,* p.150 ; ROLLAND, L., LAMPUE, P., (*et al.*), *Législation et finances coloniales,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930, 784 pages, spéc. p.44 ; CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.19 ; STECK, O., *op. cit.,* p.218

[105] *Sénatus-consulte* du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire, article 43 : *« Les dispositions de la Constitution du 14 janvier 1852 et celles des sénatus-consultes promulgués depuis cette époque qui ne sont pas comprises dans la présente Constitution et qui ne sont pas abrogées par l'article précédent ont force de loi. »* (DUVERGIER, J.-B., *op. cit.,* t.70, p.93)

[106] BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, Reproduction en fac-similé de l'édition refondue de Paris : Dalloz, 1933 augmentée de la préface d'origine de 1926, 955 pages, spéc. p.227-228

[107] v. en ce sens, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.470. L'auteur s'appuie sur les travaux de Ignacio de Otto.

[108] En réalité, il l'a été chaque fois que le législateur républicain s'est emparé d'une matière anciennement réservée à l'Empereur. Ce que l'on veut dire c'est que l'habilitation conférée, par le *Sénatus-consulte* de 1854, au chef de l'Etat à légiférer dans les colonies n'a jamais été explicitement ou implicitement abrogée par le législateur républicain.

interprètes authentiques : Parlement, Président de la République, Conseil d'Etat et Cour de cassation. En effet, on admet qu'il appartient aux interprètes authentiques de déterminer (au moins partiellement) la *norme* contenue dans un énoncé, ici le *Sénatus-consulte* de 1854. Cette interprétation vise, non seulement à déterminer son contenu, mais son statut – c'est-à-dire sa valeur et son opposabilité potentielles[109]. Ce faisant, les interprètes authentiques, écrit Michel Troper, opèrent une création du droit ; ils posent eux-mêmes la norme qu'ils ont à appliquer : *« peu importe que cette activité [les] conduisent à poser une norme différente de celle que l'auteur du texte voulait « en réalité » poser. »* [110] Ce processus de *« recréation »* [111] de la norme applicable permet de rendre compte du maintien en vigueur du *Sénatus-consulte* de 1854 dans l'ordre juridique de 1875. Les interprètes authentiques ont déterminé la signification prescriptive du texte de 1854 ; ils ont admis sa validité, donc son *statut de norme,* à valeur législative ordinaire. Ce faisant, ils ont opéré une interprétation du *Sénatus-consulte* conforme au constitutionnalisme républicain de 1875. Maintenu en vigueur à valeur de loi ordinaire, le *Sénatus-consulte* fait figure de loi d'habilitation, dont le Président de la République assure l'exécution en vertu de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875.

ii) Le *Sénatus-consulte* de 1854, loi d'habilitation ordinaire

401. Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 survit dans l'ordre juridique de 1875 à valeur de loi ordinaire. La doctrine[112] et la jurisprudence[113] lui confèrent le statut de loi d'habilitation dont le Président de la République assure l'exécution en vertu du pouvoir réglementaire qu'il tient de la Constitution (*cf. supra*, n°379 s.). Le *Sénatus-consulte* n'est que « l'acte-condition » de l'application de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ; il donne – selon les mots de Carré de Malberg – au pouvoir réglementaire une *« occasion de*

---

[109] TROPER, M., « Interprétation », *art. cit.,* p.842-843, et p.845. Ainsi, écrit l'auteur, *« avant de savoir ce que prescrit une Déclaration des droits (...) il importe de déterminer si elle possède une valeur juridique, autrement dit si elle contient des normes juridiquement obligatoires et dans l'affirmative, à l'égard de quels destinataires. On sait que le Conseil constitutionnel a décidé en 1971 que le préambule de la Constitution et la Déclaration des droits à laquelle il renvoyait étaient obligatoires pour le législateur. C'est donc la volonté du Conseil constitutionnel qui a conféré à cet énoncé la valeur constitutionnelle. »* (p.845)

[110] TROPER, M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *in :* TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat,* Paris : PUF, 1994, 358 pages, spéc. p.305

[111] *ibid.,* p.304

[112] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.410 ; THOMAS, J., « Nature juridique des *Sénatus-consultes », art. cit.,* p.150 ; DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., t.4, p.693 ; ROLLAND, L., LAMPUE, P., (*et al.*), *Législation et finances coloniales,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930, 784 pages, spéc. p.44

[113] v. STECK, O., *op. cit.,* p.246 et s., et la jurisprudence citée

s'exercer, [il] réalise la condition à l'évènement de laquelle son usage a été subordonné par la Constitution »[114]. Pas plus que n'importe quelle loi ordinaire, le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 ne constitue le fondement du pouvoir réglementaire colonial. Il ne détermine que le *champ* ouvert à l'Exécutif en matière de législation coloniale.

402. Il en résulte deux conséquences. D'une part, le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, loi ordinaire, n'est pas opposable au Parlement dans l'ordre juridique de 1875 ; la loi formelle est libre de s'emparer des matières anciennement « réservées » à l'Empereur. Ce pouvoir d'évocation – exercé avec la force formelle de la loi – ôte à l'Exécutif le pouvoir de réguler la matière à l'avenir. D'autre part, les règlements coloniaux du Président de la République s'apparentent à des manifestations d'un pouvoir *ex lege* ; édictés sur le fondement d'une habilitation législative, ils répondent à la condition *secundum legem* de la légalité administrative. Ne pouvant, par ailleurs, déroger aux lois formelles en vigueur dans les colonies, ils répondent également à la condition *infra legem* de la légalité administrative[115]. Ce faisant, ils sont des actes pleinement administratifs, soumis au recours pour excès de pouvoir[116]. Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 survit donc au Second Empire par le prisme de la fonction « d'exécution des lois », véritable véhicule de la réception de la « tradition » impériale dans le constitutionnalisme républicain. En 1947, l'Assemblée générale du Conseil opère le même montage juridique pour couvrir l'illégalité des ordonnances de l'Amiral Thierry d'Argenlieu en Indochine.

iii) Le *Sénatus-consulte* comme base légale : couvrir l'illégalité des ordonnances de l'amiral d'Argenlieu en Indochine

403. L'ordonnance du 17 août 1945 opère une rupture juridique formelle avec les lois constitutionnelles de 1875[117]. La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 demeure, à son tour, silencieuse sur le régime législatif des colonies. Quant à l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 (*cf. supra*, n°335 s.) son entrée en vigueur est suspendue (par l'article 104 de la Constitution) jusqu'à la réunion de l'Assemblée de l'Union française (AUF), laquelle ne tiendra sa séance inaugurale que le 10 décembre 1947, à Versailles. La période de vide

---

[114] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.594

[115] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, Paris : les cours de droit, 1956, 354 pages, spéc. p.286

[116] CE, 29 mai 1908, *Colonie du Sénégal,* Rec. 578 ; *S.* 1909.3.26, note Girault ; CE, Sect., 22 décembre 1933, *Maurel,* Rec. 1226 ; *S.* 1934.3.57, note Roques ; *D.* 1936.3.17, note Gros. Sur la soumission progressive des règlements coloniaux au recours pour excès de pouvoir, v. STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* p.245 et s.

[117] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.531 et s.

juridique ainsi créée conduit le Conseil d'Etat à réceptionner – une nouvelle fois – le *Sénatus-consulte* de 1854, pour servir d'habilitation à l'exercice du pouvoir réglementaire colonial pendant la période transitoire. Cette situation a été clairement établie par deux avis, rendus en Assemblée générale, dans un contexte international particulièrement tendu.

404. Depuis 1945, l'Indochine, est le terrain de graves tensions qui marquent le début de la guerre d'indépendance ; la capitulation japonaise en août 1945 place le territoire au cœur de luttes internationales défavorables à la présence française dans la région. Le général de Gaulle charge l'amiral Thierry d'Argenlieu, nommé Haut-commissaire, de rétablir l'ordre et la souveraineté de la France dans la péninsule. L'amiral d'Argenlieu, par une ordonnance fédérale n°1 du 1er novembre 1945, publiée au *Journal officiel de la Fédération indochinoise*, s'arroge les pleins-pouvoirs sur le territoire indochinois[118] et sur le fondement de cette ordonnance initiale, édicte par la suite de très nombreuses autres ordonnances. Tolérant dans un premier temps, le Gouvernement s'inquiète rapidement de la régularité de la situation indochinoise. Le Conseil d'Etat est consulté une première fois en juillet 1946 sur la légalité de l'ordonnance de pleins-pouvoirs ; la demande d'avis est retirée pour des raisons politiques car, à cette date, la France négocie avec Hô chi Minh à Paris[119]. La parution de nouvelles ordonnances conduit le Gouvernement à solliciter une nouvelle fois l'avis du Conseil d'Etat qui se prononce en Assemblée générale le 13 février 1947[120], soit quinze mois après la parution de l'ordonnance initiale. L'avis rendu sur le rapport d'Henry Puget est très clair s'agissant de l'illégalité de la situation ; au 1er novembre 1945, le GPRF disposait certes encore de la totalité des fonctions de législation (*cf. supra,* n°273 s.) mais aucune habilitation expresse ou implicite n'avait autorisé Thierry d'Argenlieu à s'arroger les pleins-pouvoirs pour

[118] Ordonnance fédérale n°1 du 1er novembre 1945 fixant les modalités provisoires d'exercice du pouvoir législatif et réglementaire dans la fédération indochinoise. Article 1er : *« A titre provisoire et jusqu'à l'établissement des organes législatifs prévus par la Déclaration du 24 mars 1945, le Haut-Commissaire exercera le pouvoir législatif pour l'Indochine, dans les conditions et dans les formes indiquées ci-après à l'article 2 »* signée par Thierry d'Argenlieu et faite à Saigon le 1er novembre 1945.

[119] v., la lettre de Marius Moutet, ministre de la France d'Outre-Mer, adressée au vice-président du Conseil d'Etat en date du 3 juillet 1946 (dossier conservé aux archives nationales sous la cote 1999025/13) ; pour une analyse détaillée de la question indochinoise devant le Conseil d'Etat, v., GEORGES, N., « L'Union française vue du Conseil d'Etat », *in :* MASSOT, J., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'Outre-mer français du XVIIe siècle à 1962,* Paris : Dalloz, 2007, 264 pages, spéc. p.147-152

[120] CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°238888 et n°240236 ; dossier conservé aux Archives nationales sous la cote 19990025/13 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine. Les débats en Assemblée générale sont conservés sous la cote 19990026/4, dossier n°23 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine

l'Indochine[121], et la théorie des circonstances exceptionnelles s'avère inapplicable, car l'amiral n'était pas dans l'impossibilité d'agir légalement[122].

405. Pour autant, le Conseil d'Etat refuse de s'en tenir à une déclaration d'illégalité de principe. *« Il y a un intérêt évident – à la fois juridique et politique – à couvrir dans toute la mesure du possible cette illégalité »*[123] souligne le rapporteur Henry Puget. Une régularisation rétroactive s'impose. Or, le Gouvernement souhaite absolument éviter une ratification législative, qui fait craindre des débats houleux au Parlement[124]. L'alternative est donc de ratifier *par décret* les ordonnances de Thierry d'Argenlieu. Le *Sénatus-consulte* de 1854 sert de base légale à cette ratification par voie réglementaire[125]. Sur son fondement, l'Exécutif est habilité à exercer le pouvoir réglementaire – en toutes matières et en l'absence de loi – dans les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion (*cf. supra*, n°401 s.). Les règlements coloniaux ainsi édictés peuvent ratifier les ordonnances illégales de Thierry d'Argenlieu, c'est-à-dire se réapproprier rétroactivement leur contenu[126].

---

[121] *« [Le Haut-Commissaire] en l'absence de toute disposition expresse, n'a pas reçu délégation implicite des pouvoirs généraux qui appartenaient au Gouvernement provisoire en matière législative ; au surplus, une telle délégation aurait été contraire aux principes généraux du droit public français »* (minute de l'avis)

[122] *« Des communications régulières et rapides, par avion et par radiotélégraphie, avec la métropole ont été constamment assurées ; qu'ainsi, malgré l'éloignement, il n'y avait pas un état de nécessité suffisant pour justifier des pouvoirs extraordinaires en matière législative ou réglementaire »* (minute de l'avis)

[123] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°238888 et n°240236 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°23, p.17

[124] Au contraire, le Conseil d'Etat propose au Gouvernement des solutions de régularisation très discrètes. Dès janvier 1946, dans une lettre adressée à Jacques Soustelle, ministre des Colonies, René Cassin écrivait : *« Pour les deux textes des 1er et 17 novembre, M. le Président Andrieux et moi vous envoyons un projet de texte de ratification que, par discrétion, vous pourriez publier seulement au Journal Officiel de la Fédération Indochinoise en vue d'éviter tout recours au Conseil d'Etat. C'est la forme la plus discrète que l'on puisse vous conseiller. »* (lettre datée du 2 janvier 1946, 1 page dactylographiée – Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 1999025/13, n°238888) Les notes d'Henry Puget en Section des finances, saisie du projet de décret de ratification des ordonnances fédérales en décembre 1947 sont encore très éclairantes : s'il reconnaît que la solution la plus simple consisterait à faire voter un projet de loi de ratification, rendu après avis de l'Assemblée de l'Union française, il remarque que, bien que *« juridiquement correcte »,* cette solution se heurterait à *« divers inconvénients »* en particulier que *« l'Assemblée [de l'Union française] sera peut-être turbulente, au début surtout »* et que cette double délibération parlementaire provoquera un *« risque de discussions en cette matière délicate qu'est l'Indochine ».* (notes manuscrites, non dactylographiées et non formalisées, 6 pages – CE, Section des finances, projet de décret portant ratification de certaines ordonnances fédérales du Haut-Commissaire de France en Indochine, n°242531 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/56).

[125] La solution est avancée par le Conseil d'Etat. On lit dans son avis : *« jusqu'à la réunion de l'Assemblée de l'Union française, le pouvoir exécutif conserve, en ce qui concerne l'Indochine, les attributions que lui donna en matière législative le sénatus-consulte de 1854 ».* Cette réception est appelée de ses vœux par Henry Puget qui, une dizaine de jours plus tard, déclarera au cours d'une autre Assemblée générale : *« il y a nécessité de légiférer pour les colonies (...) Il peut y avoir demain la nécessité de ratifier ces ordonnances fédérales dont nous avons constaté l'illégalité dans une séance précédente »* (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240435 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, p.11)

[126] L'effet rétroactif du règlement est admis dans l'hypothèse où la nullité d'un acte créerait – comme en l'espèce – un vide juridique. (CE, 26 décembre 1925, *Rodière,* Rec. p.1065 ; *RDP,* 1926.32, concl. Cahen-Salvador ; *S.* 1925.3.49, note Hauriou)

406. Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 survit donc dans l'ordre juridique de la IVe République, à titre d'habilitation *subsidiaire*, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 – différé au jour de la première réunion de l'Assemblée de l'Union française. Il demeure à valeur de loi d'habilitation ordinaire, dont le président du Conseil assure l'exécution en vertu du pouvoir réglementaire qu'il tient de l'article 47 de la Constitution. Le 27 février 1947, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat admet cette solution sans ambiguïté :

> « si le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 confère au pouvoir exécutif, en ce qui concerne les colonies, le droit de régler des questions qui, dans la métropole, ressortissent au domaine de la loi, ces attributions ne sont exercées qu'en exécution d'un texte ayant actuellement la valeur d'une loi ; (…) qu'ainsi les décrets pris par application du *Sénatus-consulte* ont le caractère d'actes administratifs ayant pour objet d'assurer l'exécution de la loi ; qu'à ce titre ils doivent, pendant la période transitoire prévue à l'article 104, être pris par le président du Conseil des ministres »[127].

Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 survit donc *de jure* jusqu'au 10 décembre 1947, date de l'entrée en vigueur de l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946, correspondant au jour de la première réunion de l'Assemblée de l'Union française. Ce texte impérial demeure donc en vigueur pendant 93 ans. La « fonction d'exécution des lois » est le véhicule de sa réception formelle dans l'ordre juridique de 1875 et de 1946. Abrogé implicitement par l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946, son « esprit » irrigue encore le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer.

2) La survivance matérielle du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 sous la quatrième République

407. La Constitution du 27 octobre 1946 n'est pas dépourvue *« d'ambiguïtés »*[128], voire de *« contradictions »*[129], s'agissant du statut de l'Union française. Au cours du processus

[127] CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240435 [En ligne]. Le résultat peut sembler paradoxal, car l'article 72 de la Constitution confie désormais au Président de la République, président de l'Union française, ce pouvoir réglementaire ultra-marin. En Assemblée générale, Henry Puget n'a pas manqué de le souligner : *« Nous allons alors avoir ce résultat paradoxal que, d'après la Constitution de 1875, nous voyons le Président de la République, qui avait les pouvoirs du législateur colonial, dans une période intermédiaire, et, dans une période définitive, nous rendons ce pouvoir au Président de la République par le jeu d'une constitution qui diminue considérablement les pouvoirs du président. Cela semble donc assez désagréable ; mais le raisonnement juridique, je le reconnais, est assez solide, et c'est pourquoi je l'ai voté. »* (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240435 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, p.23)

[128] RIOUX, J.-P., *La France de la quatrième République. 1, L'ardeur et la nécessité : 1944-1952,* Paris : Editions du Seuil, 1980, 309 pages, spéc. p.128

constituant de 1945-1946, la volonté d'en finir avec le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 est perceptible (*cf. supra,* n°331 s.). Pour autant, le titre VIII du texte constitutionnel, tel qu'interprété par le Conseil d'Etat s'avère nettement favorable à l'Exécutif, et renoue largement avec le « régime des décrets » (a). Ce maintien en vigueur de « l'esprit » du *Sénatus-consulte* est révélateur d'un « effet d'hystérèse » constitutionnel (b).

a) Le régime législatif de l'Union française : un nouveau « régime des décrets »

408. En dépit d'une volonté d'en finir avec le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, force est de constater que – s'agissant des territoires d'outre-mer (TOM)[130] – le titre VIII de la Constitution du 27 octobre 1946 est nettement favorable à l'Exécutif (*cf. supra,* n°330 s.). En vertu de l'article 72, le Président de la République, président de l'Union française, y détient effectivement un important pouvoir réglementaire autonome (alinéa 3)[131], dans les matières (nombreuses) non expressément réservées au Parlement (alinéa 1er). Le chef de l'Etat conserve, en outre, le pouvoir de rendre applicable, par décret, la législation métropolitaine dans les territoires d'outre-mer (alinéa 2) – pouvoir *d'extension,* qu'il détenait déjà en vertu de l'article 8 du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854. Ces attributions demeurent comparables – sinon identiques – à celles détenues antérieurement par l'Empereur sous le Second Empire, et le Président de la République sous la troisième République (*cf. supra*, n°391 s.). Seul l'avis obligatoire de l'Assemblée de l'Union française (AUF), préalablement à l'exercice de ce pouvoir réglementaire autonome ultra-marin, constitue une garantie véritablement nouvelle[132].

409. Le « texte » du *Sénatus-consulte* de 1854 disparaît, mais son « esprit » demeure. Le Conseil d'Etat interprète les dispositions de l'article 72 de la Constitution de 1946 à la

---

[129] LAMPUE, P., « L'Union française d'après la Constitution », *Revue juridique et politique de l'Union française,* 1947, p.1-39 et 145-193, spéc. p.11. Sur toutes ces questions, BORELLA, F., *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis 1946,* Paris : LGDJ, 1958, 499 pages

[130] Les TOM sont définis par l'article 4 de la loi n°46-2385 du 27 octobre 1946 relative à l'élection de l'Assemblée de l'Union française. Ils comprennent l'Afrique-Occidentale française (AOF) regroupant les territoires de Côte d'Ivoire, du Dahomey, de Guinée, de Haute-Volta, de Mauritanie, du Niger, du Sénégal et du Soudan ; l'Afrique-Equatoriale française regroupant les territoires du Gabon, du Moyen-Congo, d'Oubangui et du Tchad) ; Saint-Pierre et Miquelon ; l'Archipel des Comores ; Madagascar ; la Côte des Somalis ; les Etablissements français de l'Inde ; les Etablissements français de l'Océanie – qui deviendront Polynésie-Française par la loi n°57-836 du 26 juillet 1957 – la Cochinchine ; la Nouvelle-Calédonie.

[131] Sur le régime législatif de l'Union française, v., LAMPUE, P., « L'Union française d'après la Constitution », *art. cit.,* p.162 et s. ; LAGRANGE, M., *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer,* Paris : Sirey, 1948, 109 pages

[132] L'avis obligatoire de l'AUF est imposé par l'article 72 (alinéas 2 et 3). v., LAMPUE, P., « Les attributions de l'Assemblée de l'Union française », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, p.359-382, spéc. p.370

lumière de la tradition héritée du « régime des décrets »[133]. Sa jurisprudence, et ses avis, révèlent une propension à amoindrir le rôle de l'Assemblée de l'Union française au profit du rôle de l'Exécutif dans les TOM[134]. Témoignent de ces tendances : la reconnaissance *praeter constitutionem* d'un pouvoir réglementaire d'adaptation au Président de la République (i) et l'atténuation des matières réservées à la loi (ii).

i) Adapter par décret la législation métropolitaine

410. Sauf exception, les lois métropolitaines ne sont pas automatiquement applicables dans les TOM. Ainsi s'exprime le principe de *spécialité législative.* Si le Parlement n'en a pas expressément manifesté la volonté, les lois métropolitaines sont, le cas échéant, rendues applicables par *décret* dans les territoires d'outre-mer. Ce pouvoir – connu sous le nom de « pouvoir d'extension » – est expressément reconnu au Président de la République, par l'article 72, alinéa 2 de la Constitution du 27 octobre. Le Conseil d'Etat a considérablement élargi le champ de cette disposition. Dans un avis du 13 août 1947, l'Assemblée générale considère que l'extension implique *l'adaptation* à la situation locale. Autrement dit, étendre la loi métropolitaine dans les TOM autorise l'Exécutif à la *modifier* (donc à y déroger) par décret, en fonction des circonstances de lieu. Cette solution est mise en évidence, au nom de la Section des finances, par le rapporteur Henry Puget :

> « [A]u temps du *Sénatus-consulte*, il n'y avait aucune difficulté puisque le pouvoir exécutif possédait un droit de législation générale. (…) Votre Section des finances a pensé que pour dépouiller le pouvoir exécutif de son droit d'adapter, il aurait fallu trouver quelque part une déclaration formelle. Comme il n'y a rien, la possibilité d'étendre la loi implique la possibilité de l'adapter (…).»[135]

Le silence de la Constitution de 1946 est donc interprété, par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, comme n'ayant pas entendu rompre avec les solutions traditionnelles, héritées du Second Empire. L'article 72 est interprété à la lumière des principes du *Sénatus-consulte* de 1854, dans le sens d'un renforcement du pouvoir réglementaire ultra-marin de l'Exécutif.

---

[133] BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.,* p.640

[134] *ibid.,* p.533 et s.

[135] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 août 1947, n°241634 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/5, dossier n°131, p.12, et p.15. Une solution identique avait été retenue, pour les DOM, un an auparavant (CE, Section des finances, 12 novembre 1946, n°239363). La Section du contentieux a jugé également en ce sens (CE, 29 avril 1957, *Charneau, RDP* 1957.927)

ii) La porosité de la réserve de loi

411. L'alinéa 1er de l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 réserve au Parlement la régulation de certaines matières à l'égard des TOM. Ce faisant, il institue une véritable « réserve de loi » (sur ce concept, v. *infra,* n°893 s.). Pour autant, dans son avis susmentionné du 13 août 1947, le Conseil d'Etat interprète cette réserve comme n'excluant pas l'exercice du pouvoir réglementaire sur habilitation. Autrement dit, à condition d'agir sur le fondement d'une autorisation législative formelle, l'Exécutif demeure libre de réguler le *fond* d'une matière que la Constitution réserve au Parlement. La « réserve de loi », posée à l'article 72, alinéa 1er du texte constitutionnel de 1946, est interprétée comme n'ôtant pas au Parlement ses *« facultés illimitées d'habilitations »*[136] (R. Carré de Malberg). On perçoit immédiatement les avantages qui en résultent pour l'Exécutif : lorsque le législateur l'habilite à intervenir en ses lieu et place, le champ d'application du pouvoir réglementaire est considérablement augmenté. En pareille situation, le président du Conseil – agissant *ex lege* (en application de la loi d'habilitation) et sur le fondement de l'article 47 de la Constitution – se voit reconnaître le pouvoir de réguler (par RAP, ou par décrets-lois) le fond de matières pourtant réservées exclusivement à la loi par l'article 72, alinéa 1er de la Constitution[137].

412. On perçoit combien cette interprétation est audacieuse, voire licencieuse. D'une part, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat porte une sévère atteinte au régime de la « réserve de loi » posé par l'article 72, alinéa 1er de la Constitution. En l'absence de contrôle de l'incompétence négative du législateur, elle autorise potentiellement le Parlement à se décharger sur l'Exécutif de la régulation de matières que la Constitution lui réserve. Surtout, et d'autre part, elle revient à substituer l'avis du Conseil d'Etat à celui de l'Assemblée de l'Union française[138]. En effet, seuls les règlements autonomes du Président de la République sont soumis à la consultation obligatoire de l'Assemblée de l'Union française (article 72,

---

[136] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89

[137] Pour une application, v. Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 31 décembre 1947, n°242484 – Projet de note et projet de décret déterminant les mesures transitoires budgétaires et financières afférentes au rétablissement du territoire de la Haute Volta ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/6, dossier n°195, p.5.

[138] Le Conseil d'Etat en a pleinement conscience. En témoignent les propos du rapporteur Galichon, devant l'Assemblée générale le 31 décembre 1947 : *« [L]a Constitution ne limite aucunement dans ce même domaine, l'exercice du pouvoir réglementaire sous forme de RAP. (...) Ils sont pris en vertu de l'article 47 de la Constitution par le président du Conseil et non par le Président de la République, président de l'Union française. Ils échappent à la consultation de l'Assemblée de l'Union française. Il semble inutile d'insister sur l'aspect politique du problème et à la possibilité pour les pouvoirs publics de trouver là un moyen indirect d'échapper à la consultation obligatoire de cette Assemblée. » (ibid.,* p.8) ; v. aussi LAGRANGE, M., *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer, op. cit.,* p.36-38 ; v. encore, LAMPUE, P., « Les attributions de l'Assemblée de l'Union française », *art. cit.,* p.371

alinéas 2 et 3). Les RAP du président du Conseil – édictés sur le fondement d'une loi d'habilitation – en sont exempts, mais demeurent soumis à la consultation obligatoire de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. En somme, cette interprétation revient à augmenter les pouvoirs de l'Exécutif ; elle altère la philosophie du titre VIII de la Constitution du 27 octobre 1946. L'esprit du *Sénatus-consulte* résiste à son abrogation formelle.

b) La persistance des signifiants : un « effet d'hystérèse » constitutionnel

413. Dans la sociologie structuraliste, *l'effet d'hystérèse* – du grec « être en retard » – traduit l'idée d'un décalage entre une cause et ses effets, conduisant des acteurs à continuer d'appliquer, à une époque donnée, des règles et des méthodes adaptées à une époque antérieure[139]. La pratique héritée des 93 années d'application du *Sénatus-consulte* (*cf. supra*, n°391 s.), est génératrice d'une « tradition » à la lumière de laquelle est interprété le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer. La volonté d'autonomie – nettement affichée par les Assemblées constituantes de 1945-1946 – est corrigée par une interprétation traditionnelle (voire conservatrice) du titre VIII de la Constitution, dans le sens de l'assimilation. L'Exécutif y fait toujours figure de *« législateur colonial »* [140], ce dont témoignent les termes encore employés par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat[141]. La Haute assemblée réitère les formules de l'ancien temps, comme si les signifiants et les pratiques résistaient aux changements constitutionnels.

414. Conclusion. Les pratiques héritées du XIXe siècle – qu'on a qualifiées de « constitution administrative » – irriguent donc l'interprétation des dispositions constitutionnelles de 1875 et de 1946. La « fonction d'exécution des lois », interprétée à la lumière de cette tradition, est le véhicule de la réception du pouvoir réglementaire (métropolitain et colonial) dans le constitutionnalisme de la République parlementaire. Sous la IVe République, la tradition est employée à départager les fonctions normatrices de l'Exécutif, désormais formellement bicéphale.

---

[139] Pierre Bourdieu prend l'exemple de Don Quichotte continuant à se prendre pour un chevalier à une époque où la chevalerie n'existe plus.

[140] LAGRANGE, M., *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer, op. cit.,* p.4

[141] Le 13 août 1947, devant l'Assemblée générale, le rapporteur Henry Puget considère que *« ces décrets* [de l'article 72 de la Constitution de 1946] *exercent un véritable pouvoir législatif »* (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 août 1947, n°241634 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/5, dossier n°131, p.15). Dans son avis, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat considère, à son tour, que le champ d'application du pouvoir réglementaire ultra-marin du Président de la République « *comprend toutes les prescriptions qui ont un caractère législatif et pour lesquelles l'alinéa 1er [n'est pas applicable] ».* (on souligne)

§2. Le partage traditionnel des fonctions normatrices de l'Exécutif sous la IVe République

415. La Constitution du 27 octobre 1946 formalise l'existence du chef de Gouvernement, pensé comme le véritable chef de l'Exécutif[142]. *« Le pouvoir exécutif, c'est le Président du Conseil »*[143] (André Philip), un *« Premier ministre au sens anglais du terme »* [144] (Paul Coste-Floret). Il en résulte une division des fonctions normatrices – les fonctions d'édiction *« d'actes normateurs »*[145] – entre les deux têtes de l'Exécutif, nettement favorable à la présidence du Conseil. Pour autant, le Conseil d'Etat refuse de faire du Président de la République un « nain juridique ». Le transfert de la « fonction d'exécution des lois » au président du Conseil (article 47) est interprété – à la lumière des pratiques antérieures – comme n'ôtant pas au Président de la République nombre de ses fonctions normatrices traditionnelles (A). Dans ces conditions, la question du contreseing devient un véritable enjeu (B).

A- La survivance *praeter constitutionem* des fonctions normatrices du Président de la République

416. Véritable *« rescapé »*[146] de la période constituante de 1945-1946, le Président de la République voit ses attributions considérablement réduites par rapport à celles qu'il détenait en vertu des lois constitutionnelles de 1875. Il perd l'essentiel de ses fonctions normatrices discrétionnaires, désormais transférées au président du Conseil, notamment le pouvoir réglementaire (1). Pour autant, le Conseil d'Etat refuse de faire du Président de la République le simple *« porte-plume »* (P. Tissier) du président du Conseil. S'appuyant sur les pratiques héritées du passé, il interprète la Constitution dans le sens d'un « sauvetage » des prérogatives

---

[142] A vrai dire, l'Acte constitutionnel n°11 du 18 avril 1942 (J.O.R.F. du 19 avril, p.1494) consacre déjà l'existence d'un chef du Gouvernement. (*cf. supra,* n°257). Sur les intentions des Assemblées constituantes de 1945-1946 s'agissant de la consécration constitutionnelle de la présidence du Conseil, v. BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République, op. cit.,* p.453 et s.

[143] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°87, page 3523 – séance du 4 septembre 1946. André Philip reprend, ici, les mots employés par Pierre Cot en avril 1946 (v. J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°50, page 1968 – séance du 17 avril 1946)

[144] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°88, page 3552 – séance du 5 septembre 1946

[145] Ils sont les actes *« porteurs, créateurs de normes, c'est-à-dire de dispositions juridiques, soit générales, soit particulières. »* (EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE,* 1957, p.25-40, spéc. p.33) . Ils consistent *« à penser une norme ou un ensemble de normes et à en vouloir l'entrée en vigueur. »* (EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 2, Paris : LGDJ, 1983, 908 pages, spéc. p.189)

[146] BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République, op. cit.,* p.464

traditionnelles du Président de la République (2). Ce faisant, il participe à la *« dynamique présidentielle »* et au *« retour du Président »*[147] (N. Roussellier) dès avant 1958.

1) Le transfert avéré du pouvoir réglementaire vers le président du Conseil

417. La volonté d'ériger le président du Conseil en véritable chef de l'Exécutif, conduit les Assemblées constituantes à lui transférer l'exercice du pouvoir réglementaire. Pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle française, les fonctions de législation gouvernementale sont *formellement* – et exclusivement [148] – conférées au chef du Gouvernement. En vérité, il s'agit d'une simple *codification* de la pratique antérieure ; le Président de la République avait *de facto* renoncé à l'exercice discrétionnaire de son pouvoir réglementaire depuis les usages de la « constitution Grévy ». *De jure,* les lois d'habilitation de l'entre-deux-guerres confiaient déjà – en dépit des termes de la Constitution – au « Gouvernement » (et non au chef de l'Etat) l'exercice des pleins-pouvoirs (*cf. supra,* n°166 s.). L'article 47 de la Constitution de 1946, rédigé dans les mêmes termes que l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, formalise ce transfert du pouvoir réglementaire vers le président du Conseil. C'est en application de cette nouvelle disposition que le premier décret réglementaire de la IVe République – dont l'entrée en vigueur est reportée à la date du 16 janvier 1947[149] – est signé de Paul Ramadier, président du Conseil, le 23 janvier[150]. Cette solution n'est contestée, ni par la doctrine[151], ni par le Conseil d'Etat. Le 23 janvier 1947, amenée à se prononcer pour la première fois sur un projet de décret

[147] ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* troisième partie « La question présidentielle » et ses deux chapitres « Le « retour » du Président : la politique cérémonielle » et « La dynamique présidentielle : le développement du pouvoir d'action », p.231 et s.

[148] Réserve faite de la législation coloniale (*cf. supra,* n°390 s.).

[149] L'article 98 du texte du 27 octobre 1946 dispose que : *« Le Conseil de la République se réunira le troisième mardi suivant son élection. La présente Constitution entrera en vigueur à partir de cette date ».* Le Conseil de la République ayant été installé le 24 décembre 1946, c'est à cette date qu'entre en vigueur la quatrième République. Dans un avis du 28 décembre, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat proroge pourtant les effets de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 jusqu'à l'élection du Président de la République, à qui le Gouvernement provisoire de la République française doit remettre sa démission aux termes de l'article 99 de la nouvelle Constitution. (v. CE, Assemblée générale, 28 décembre 1946, n°240025 ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/3). La Constitution de 1946 prend ainsi son plein effet le 16 janvier 1947, jour de l'élection de Vincent Auriol à la Présidence de la République.

[150] Décret n°47-233 du 23 janvier 1947 autorisant les ministres à déléguer, par arrêté, leur signature. (J.O.R.F. du 28 janvier 1947, p.1051). C'est à cette date qu'est créé un titre « Présidence du Conseil » dans le *Journal officiel.*

[151] LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.1077. v. dans le même sens, BURDEAU, G., *Droit constitutionnel,* 5ème éd., *op. cit.,* p.290 ; PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 1948, 606 pages, spéc. p.516 ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.,* p.508 ; DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 1ère éd., *op. cit.,* p.512-513

réglementaire depuis l'installation du cabinet Ramadier, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le reconnaît sans difficulté[152].

418. Du point de vue formel, l'article 47 de la Constitution transfère au président du Conseil l'essentiel du *pouvoir décrétal*, c'est-à-dire celui de signer les décrets (décrets portant RAP, ou décrets simples réglementaires ou individuels). L'Assemblée générale du Conseil d'Etat a très clairement admis ce point dans sa séance du 13 février 1947 ; amenée à se prononcer sur la question de savoir si le chef de l'Etat conserve, depuis 1946, la compétence qu'il tient de la loi du 11 germinal an XI de signer les décrets autorisant les changements de nom, la Section de l'intérieur reconnaît, par la voix de son rapporteur Pierre Tissier, que *« les textes imposent formellement ici la compétence du Président du Conseil »*[153]. Le raisonnement du rapporteur est clair :

> « La loi du 11 germinal an XI, texte organique en la matière, a, en effet, confié le soin de statuer sur les demandes de changements de nom au Gouvernement et a précisé qu'il devrait se prononcer dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique. S'il est, à la rigueur, permis de discuter le sens du terme « gouvernement » et de soutenir qu'en l'an XI, il fallait entendre par là le Premier Consul, c'est-à-dire le Chef de l'Etat, les termes « dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique », ne prêtent en tous cas à aucune contestation. »[154] Or, ajoute-t-il, « les règlements d'administration publique ou les décrets pris en forme de règlements d'administration publique constituent au premier chef l'exercice du pouvoir réglementaire »[155].
>
> En définitive, « la généralité du pouvoir réglementaire apparten[ant] au Président du Conseil, il faut dans tous les anciens textes, remplacer « décret du Président de la République » par « décret du Président du Conseil ». »[156]

L'Assemblée générale s'est ralliée sans difficulté à cette position[157]et l'Assemblée du contentieux la confirmera quelques années plus tard[158].

---

[152] Les propos du rapporteur Pierre Tissier prennent acte de ce transfert : *« le Président du Conseil [a] un pouvoir réglementaire défini par l'article 47 »* (CE, Assemblée générale, 23 janvier 1947, n°240178 – Projet de décret relatif à la forme de promulgation des lois ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°12, p.3 Cette formule, remarque Maurice Lagrange devant le Conseil d'Etat le 6 février, *« a simplement pour objet de préciser les pouvoirs réglementaires du Président du Conseil des ministres, lesquels appartenaient, sous la constitution précédente, au Président de la République ».* (CE, Assemblée générale, 6 février 1947, n°237790 ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°20, p.12)

[153] CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240310 ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°26, p.2

[154] *ibid.,* p.2-3

[155] *ibid.,* p.3 Au surplus, le rapporteur ne manque pas de remarquer que les travaux constituants ont finalement soustrait au Président de la République la signature des RAP (*cf. supra,* n°348 s.)

[156] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°27, p.18

419. En conférant au président du Conseil le pouvoir *« d'assurer l'exécution des lois »,* l'article 47 de la Constitution de 1946 lui transfère l'essentiel des fonctions normatrices de l'Exécutif. Pour autant, le Conseil d'Etat a refusé de confiner le Président de la République dans un rôle de simple « porte-plume ». A la lumière des pratiques antérieures, il lui reconnaît l'exercice de prérogatives traditionnelles que la Constitution ne lui attribue pas expressément. Ce faisant, il opère un « sauvetage » fonctionnel du chef de l'Etat sous la IVe République.

2) Le « sauvetage » fonctionnel du Président de la République par le Conseil d'Etat

420. Écarté du processus d'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946, le Conseil d'Etat demeure très largement associé à son interprétation. Amenée à trancher, au cas par cas, la répartition des compétences décrétales entre les deux têtes de l'Exécutif, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat refuse de se cantonner à une interprétation stricte du texte constitutionnel. Elle considère que le transfert de la « fonction d'exécution des lois » vers le président du Conseil ne retire pas au Président de la République nombreuses de ses fonctions normatrices traditionnelles (b). Ce faisant, elle refuse de faire du second, le « porte-plume » du premier (a).

a) Le refus d'un Président de la République « porte-plume »

421. La question des attributions du Président de la République a fait l'objet d'une importante controverse devant les sections administratives du Conseil d'Etat dans les premiers mois de l'application de la Constitution du 27 octobre 1946. Devant l'Assemblée générale, le conseiller Pierre Tissier propose de s'en tenir à l'idée d'un Président *« porte-plume »* (i). La haute assemblée, au contraire, se positionne en faveur du maintien de *« pouvoirs propres »* au chef de l'Etat (ii).

---

[157] L'avis du 13 février 1947 est ainsi formulé : *« considérant que par application des dispositions de l'article 47 de la Constitution le Président du Conseil des Ministres « assure l'exécution des lois » et a donc seul qualité pour prendre des décrets rendus en la forme de règlements d'administration publique ».*

[158] CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood,* Rec. 291 ; *S.* 1953.3.33, note Bouzat ; *RDP* 1952.781, concl. Letourneur, note Waline ; *GAJA* 1956.351. *« Considérant que l'article 47 de la Constitution susvisée du 27 octobre 1946 a transféré au président du conseil des ministres les compétences qui étaient conférées au président de la République par l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ; que dès lors la dame Kirkwood n'est pas fondée à se prévaloir de ce que l'article 18 de la loi du 10 mars 1927 a prévu la signature des décrets d'extradition par le président de la République pour soutenir que le décret attaqué, pris par le président du conseil des ministres, émane d'une autorité incompétente. »*

i) Le rapport Tissier : plaidoyer pour un Président « porte-plume »

422. Conseiller d'Etat influent[159], Pierre Tissier est l'un des plus fervents partisans d'une interprétation stricte du texte constitutionnel. Personnellement opposé à la nouvelle Constitution, Pierre Tissier considère néanmoins qu'il appartient au Conseil d'Etat d'en faire respecter la lettre et l'esprit[160]. A plusieurs reprises en 1947, il tente de convaincre ses collègues de l'idée que la Constitution a réalisé un transfert intégral des fonctions normatrices vers le président du Conseil.

423. Le 13 février 1947, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat est amenée à trancher la question de principe de savoir si, dans le silence de la Constitution de 1946, le Président de la République conserve certaines de ses attributions antérieures. La Section de l'intérieur propose de répondre par l'affirmative, confirmant par-là une série d'avis rendus quelques jours auparavant. (*cf. infra*, n°427 s.). Pierre Tissier s'émeut de cette position, qui lui paraît *« contraire à la Constitution »,* et interpelle ses collègues sur le fait qu'en généralisant cette solution *« la Haute assemblée s'engage dans une voie singulièrement dangereuse »*[161]. Pour lui, en effet, conserver au Président de la République une partie de ses fonctions normatrices antérieures, non expressément attribuées au président du Conseil par le texte de 1946, reviendrait à *« ne retenir que la lettre de la Constitution pour en négliger l'esprit »*[162]. L'exercice est certainement difficile, tant le *« dogme du Président de la République, chef de l'exécutif, [est] solidement établi que l'on ne parvient pas à l'oublier tout à fait »*[163]. Mais adopter une position inverse conduirait à *« faire litière de tous les travaux préparatoires, [à]*

---

[159] Pierre Tissier, membre du Conseil d'Etat depuis 1926, est nommé maître des requêtes en 1938 et devient conseiller d'Etat en 1944. Il joue un rôle important auprès de la France Libre, comme en témoignent les propos de Guy Thuillier : *« La personnalité de Pierre Tissier – disparu en 1955 – mérite d'être rappelée : fils du vice-président Théodore Tissier, entré à 22 ans au Conseil d'Etat, Pierre Tissier – qui avait appartenu au cabinet de Pierre Laval – se retrouve à Londres dès juin 1940 et joue un rôle important comme officier d'ordonnance du général, membre du Comité juridique, secrétaire général à la Coordination, vice-président de la section Réforme de l'Etat de la Commission d'études des problèmes de l'après-guerre, puis président du Comité temporaire du contentieux : c'était un personnage complexe, brillant et parfois ardent. »* (THUILLIER, G., « Un projet de réorganisation du Conseil d'Etat de Pierre Tissier en 1944 », *La Revue administrative,* 1985, n°225, p.242-248, spéc. p.243.

[160] Pierre Tissier déclare : *« Nous avons le droit, les uns et les autres, d'avoir une opinion sur la Constitution et nous sommes, personnellement, de ceux qui l'ont combattue avant qu'elle ne soit adoptée par le pays. Mais, bonne ou mauvaise, cette Constitution est aujourd'hui celle de la France et il nous appartient d'en assurer le jeu, conformément à sa lettre et à son esprit. »* (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°27, p.13

[161] Débats en Assemblée générale, *op. cit.,* p.14

[162] *ibid.*

[163] *ibid.* Pierre Tissier invite ses collègues à faire fi des lois constitutionnelles de 1875 : *« Nous savons combien il est difficile à des hommes habitués à se mouvoir dans le cadre de certaines institutions, de réaliser pleinement que tout a changé, d'admettre que les institutions de la IVe République n'ont plus que de très lointains rapports avec celles de la IIIe »* (*ibid.*)

essayer de tourner, à l'aide de formules juridiques, la position de fond des auteurs de la Constitution »[164]. Pierre Tissier considère en effet que, dans le silence de la Constitution, les attributions anciennes du Président de la République *« appartiennent automatiquement »* au président du Conseil, ce que confirme l'analyse des dispositions constitutionnelles qui *« traduisent l'intention des constituants de transférer toute la réalité du pouvoir exécutif de la tête du Président de la République (...) à celle du président du Conseil »*[165].

424. Aux yeux de Pierre Tissier, seule une interprétation stricte du texte constitutionnel est conforme à l'esprit de la Constitution ; par principe, le Président de la République perd ses fonctions normatrices au profit du président du Conseil, sauf dans les hypothèses expressément énumérées par la Constitution. Celles-ci sont fort peu nombreuses[166] et subordonnées à l'avis, à l'investiture ou à la proposition d'autres autorités[167]. En définitive, et par conséquent, résume Pierre Tissier :

> « [C]haque fois que le Président de la République est appelé à signer un décret, c'est pour donner plus de solennité à ce décret, mais, chaque fois, toutes mesures sont prises pour éviter toute initiative du Président de la République, et n'en faire que le porte-plume d'autre autorité. (…) Ce système peut appeler des réserves, il n'en est pas moins certain. Et lorsqu'on recherche sa justification théorique, on se rend compte qu'il est parfaitement logique. Le Président de la République n'est plus le chef de l'Exécutif. »[168] (on souligne)

Dans le silence de la Constitution, la compétence du président du Conseil devrait donc être présumée. Pour le conseiller Tissier, une solution inverse reviendrait à entrer en *« contradiction flagrante tant avec l'esprit qu'avec la lettre de la Constitution du 27 octobre 1946 »*[169].

ii) La position de l'Assemblée générale : les « pouvoirs propres » du Président de la République

425. La proposition de Pierre Tissier n'emporte pas l'adhésion de ses collègues. Au contraire, le Conseil d'Etat opte pour une interprétation traditionnelle de la Constitution :

---

[164] *ibid.*

[165] *ibid.,* p.16 bis

[166] Pierre Tissier en dénombre quatre : la nomination de certains hauts fonctionnaires en conseil des ministres (article 30), la nomination du Président du conseil et des ministres (article 46), le pouvoir réglementaire ultra-marin dans les TOM (article 72) et la nomination des magistrats du siège (article 84). (*ibid.*)

[167] Outre le fait que tous ces pouvoirs sont soumis au double-contreseing du Président du Conseil et d'un ministre (article 38), ils ne peuvent intervenir qu'en conseil des ministres (article 30), après investiture par l'Assemblée nationale (article 45) ou choix du président du Conseil (article 46), après avis de l'Assemblée de l'Union française (article 72) ou sur présentation du Conseil supérieur de la magistrature (article 84). (*ibid.*)

[168] *ibid.*

[169] *ibid.,* p.17 bis

> « lorsque la Constitution ne dit rien, il faut donc, pour décider, se reporter aux textes antérieurs maintenus en vigueur, aux usages traditionnels et rechercher la solution la plus propre à adapter ces textes d'usage aux organismes nouveaux prévus par la Constitution »[170].

A la faveur de cette position, l'Assemblée générale fait survivre certaines des fonctions normatrices du Président de la République, non expressément reconnues par le texte constitutionnel. En refusant de faire du chef de l'Etat le « porte-plume » du président du Conseil, elle relativise la *capitis deminutio* qui le frappe dans la Constitution de 1946. Ainsi, le 23 janvier 1947, l'Assemblée générale reconnaît au Président de la République le pouvoir d'édicter le décret relatif à la forme de promulgation des lois[171], le 6 février, elle confirme la compétence du chef de l'Etat sur les décrets sur recours contre les décisions du Conseil des prises maritimes[172], le 13 février, elle lui rend ses attributions en matière de nomination des membres dans l'ordre de la légion d'honneur et au conseil de l'ordre de la légion d'honneur[173], le 27 février, elle l'autorise à édicter les décrets accordant les dispenses de mariage[174], le 3 avril, elle confirme ses attributions en matière d'autorisation d'accepter et de porter des ordres étrangers[175], le même jour elle considère que la nouvelle constitution n'a pas privé le chef de l'Etat du droit de nomination dans les ordres coloniaux[176]. En parallèle, l'Assemblée générale reconnaît au Président de la République de larges pouvoirs réglementaires d'extension et d'adaptation de la législation métropolitaine dans les TOM (*cf.* n°407 s.). Pierre Tissier s'émeut de cette situation :

> « En définitive, et dans quelques temps, l'on aura redonné au Président de la République la totalité de son pouvoir réglementaire antérieur, sauf dans les cas où

---

[170] Cette position de principe est proposée par la Section de l'intérieur à l'Assemblée générale. (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334, p.4)

[171] CE, Assemblée générale, 23 janvier 1947, n°240178 – Projet de décret relatif à la forme de promulgation des lois ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°12

[172] CE, Assemblée générale, 6 février 1947, n°237790 ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°20

[173] CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334 ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°27

[174] CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240419 ; Débats en Assemblée générale : Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4. L'Exécutif n'a d'ailleurs pas suivi le Conseil d'Etat sur ce point. v. les notes du rapporteur Jean Hourticq, le 9 août 1955, sur un tel projet de décret : *« Quand cette affaire a été examinée par la Section en mai dernier, plusieurs membres de la Section ont estimé qu'en raison du caractère très particulier du projet qui concerne une prérogative du chef de l'Etat, c'était au Président de la République qu'il appartenait de prendre le décret (...). Il nous est aujourd'hui soumis à nouveau dans sa forme primitive. Le ministre nous apprend que le Président de la République n'a pas fait d'objection ».* (Notes du rapporteur ; CE, 9 août 1955, Projet de décret concernant le mode de délivrance des dispenses relatives au mariage et à l'adoption, n°267689) ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/388

[175] CE, Assemblée générale, 3 avril 1947, n°240664 ; Débats en Assemblée générale manquants

[176] CE, Assemblée générale, 3 avril 1947, n°240665 ; Débats en Assemblée générale manquants

> la Constitution l'aura expressément conféré au Président du Conseil des ministres. »[177]

Malgré ces avertissements, l'Assemblée générale va jusqu'à considérer que *« le droit d'accorder des dispenses en matière de mariage constitue* <u>*un pouvoir propre*</u> *du chef de l'Etat »*[178] (on souligne). Le président André Andrieux proposait même d'indiquer que ces pouvoirs appartiennent *« par nature »* [179] au Président de la République. Ces notions appelleront quelques remarques (*cf. infra*, n°432).

426. En protégeant ainsi les prérogatives du chef de l'Etat, le Conseil d'Etat se montre soucieux de donner une réelle consistance au bicéphalisme de l'Exécutif, refusant de faire de la fonction présidentielle une coquille vide. On pourrait même y voir les prémices d'une distinction – bientôt théorisée par Georges Burdeau – entre « pouvoir d'Etat » et « pouvoir démocratique » [180] (*cf. infra,* n°605 s.). En témoigne la position de la Section de l'intérieur, le 13 février 1947 :

> « Il n'est pas douteux qu'il y a un intérêt de prestige à ce que notre premier Ordre national soit conféré par un acte du Président de la République. Ce dernier <u>symbolise la France et la République au-dessus des partis</u>. C'est donc en toute objectivité, avec le seul souci de récompenser simplement les services rendus à la Nation, qu'il doit être amené à prononcer des nominations dans la Légion d'Honneur. Le président du Conseil des ministres, au contraire, est élu par l'Assemblée nationale ; il est le <u>représentant d'une majorité politique</u> et n'est que le chef de l'exécutif. »[181] (on souligne)

Le Conseil d'Etat n'est donc pas étranger à la construction de la figure du Président de la République comme « gardien de la constitution », qui émerge progressivement sous la IVe République[182]. Néanmoins, en février 1947, cette interprétation fonctionnelle de la figure présidentielle demeure secondaire. La fidélité au passé – la difficulté de s'émanciper des pratiques traditionnelles – justifient davantage le maintien *praeter constitutionem* des fonctions normatrices du Président de la République.

---

[177] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334, *op. cit.,* p.13. Pierre Tissier réitère sa position lors de chaque Assemblée générale. v., par exemple, le 27 février, s'agissant des dispenses de mariage : *« je demande que le procès-verbal mentionne que je vote contre l'avis proposé. J'ai déjà été battu plusieurs fois en pareille matière et je ne veux pas développer ma thèse mais j'estime que le Président de la République n'a plus aucun pouvoir ».* (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240419, *op. cit.,* p.4)

[178] CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240419

[179] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240419, *op. cit.,* p.4

[180] v. BURDEAU, G., « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique,* 1959, n°1, p.87-100.

[181] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334, *op. cit.,* p.3

[182] v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.210 et s. L'auteur démontre que le Président Auriol, aidé de son conseiller Raymond Janot (maître des requêtes au Conseil d'Etat), construit l'image du « gardien de la Constitution », relayée parallèlement par la doctrine constitutionnelle (*ibid.,* p.237 et s.).

b) Des attributions justifiées par la tradition

427. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat revendique le recours à l'interprétation *traditionnelle* de la Constitution de 1946 (*cf. supra,* n°425). Ici, la réception des pratiques antérieures est employée, non à élargir, mais à réduire le champ de la « fonction d'exécution des lois », au profit du Président de la République. Les références au passé sont omniprésentes pour justifier l'augmentation *praeter constitutionem* des pouvoirs du chef de l'Etat. Ainsi, pour sauvegarder la compétence d'appel du Président de la République sur les recours contre les décisions du Conseil des prises maritimes[183], le rapporteur Maurice Lagrange se livre en Assemblée générale à un *« très rapide historique de la question »*[184] qui constitue, en réalité, l'essentiel de son argumentation[185]. Il en conclut que :

> « l'attribution juridictionnelle de justice retenue s'est maintenue à travers les péripéties de notre droit public (…), [il s'agit] d'un restant du pouvoir souverain de justice que le monarque possédait autrefois. Or il n'y a que le Président de la République qui puisse être regardé comme l'héritier d'une telle prérogative. »[186]

L'exposé convainc l'Assemblée générale et l'avis, rendu le 6 février 1947, fait mention d'un *« vestige »* de justice retenue et d'une *« survivance des prérogatives de justice appartenant jadis au souverain »*[187].

428. La démarche est identique s'agissant des nominations dans l'ordre de la légion d'honneur. D'emblée, la Section de l'intérieur reconnaît, par la voix de son rapporteur, que *« sur le résultat à atteindre, il y a une unité totale de vues entre tous les membres de la Section de l'intérieur, comme il y aura unité entre tous les membres de l'Assemblée générale »*, et pratiquant le « syllogisme régressif », reconstruit un raisonnement permettant au Président de la République de conserver ses attributions tirées d'un décret organique du 16 mars 1852 ; on lit, en définitive, dans l'avis rendu le 13 février 1947, *« qu'il n'y a pas lieu de*

---

[183] Le Conseil des prises maritimes est une *« juridiction administrative spécialisée (composée d'un conseiller d'Etat, président, de six membres et d'un commissaire du gouvernement) qui est compétente en temps de guerre (et sous réserve d'appel du chef de l'Etat statuant en Conseil d'Etat) pour apprécier la validité des prises maritimes opérées par les autorités françaises et connaître les demandes d'indemnité tendant à la réparation des dommages causés par un exercice irrégulier du droit de prise »* (CORNU, G., *Vocabulaire juridique,* 7e éd., Paris : PUF, 2005, 970 pages, spéc. p.212). v. GIRARD, D., « Le Président de la République, une autorité juridictionnelle méconnue », *RDP,* 2013, n°3, p.673-705.

[184] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 6 février 1947, n°237790, *op. cit.,* p.4

[185] 6 pages de rapport sur 11 sont consacrées aux développements historiques.

[186] *ibid.,* p.12 et p.13

[187] CE, Assemblée générale, 6 février 1947, n°237790 et n°237791, Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°20

modifier les dispositions organiques en vigueur à l'effet de maintenir au Président de la République des prérogatives traditionnelles en la matière »[188]. (on souligne)

429. L'avis du 27 février 1947 relatif aux dispenses de mariage est le plus emblématique. A la suite du rapport de Louis Canet proposant de retenir la compétence du Président de la République, Julien Reinach souhaite *« appuyer la thèse de la Section par un argument historique tiré du droit romain »*[189], tandis qu'Henry Puget, après avoir cité les propos de Napoléon Bonaparte lors de la rédaction du code civil[190], reconnaît *« qu'en présence de l'argument historique et de la tradition, je suis de l'avis qui nous est présenté par la Section de l'intérieur »*[191]. Roger Latournerie, quant à lui, relève que la Commission pour la réforme du Code civil, réunie à partir de 1945 autour de Léon Julliot de la Morandière au ministère de la justice, *« considère comme une tradition française la règle en vertu de laquelle c'est le Président de la République qui a le pouvoir d'accorder certaines dispenses en matière de mariage »*[192].

430. Dans le silence des textes constitutionnels de 1875 et 1946, la tradition – héritée du constitutionnalisme du XIXe siècle – est donc systématiquement employée à augmenter les prérogatives de l'Exécutif. Sous la IVe République, elle joue en faveur du Président de la République, dont le Conseil d'Etat assure, dès février 1947, le « sauvetage » fonctionnel. La pratique de Vincent Auriol confirmera l'émergence de ce *« présidentialisme républicain »* (N. Roussellier)[193]. Dans ce contexte, la question de l'étendue du contreseing ministériel se pose avec une acuité particulière.

B- L'INTERET STRATEGIQUE DU CONTRESEING MINISTERIEL

431. La place nouvelle et incertaine du Président de la République dans les institutions de la IVe République fait du contreseing ministériel – exigé par l'article 38 de la Constitution[194]– une question d'importance stratégique dans les premiers mois d'application du nouveau texte

---

[188] CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334

[189] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240419 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, p.2.1-2.2

[190] *ibid.,* p.2.2 : *« Je suis partisan de l'avis qui nous est proposé (...), non seulement pour des motifs historiques tirés du droit romain, mais à raison d'une phrase prononcée par Napoléon dans une séance du Conseil d'Etat où il disait que « l'adoption et la dispense devaient descendre de haut comme la foudre ».*

[191] *ibid.,* p.3

[192] *ibid.,* p.3

[193] ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.265

[194] Article 38 – « *Chacun des actes du président de la République doit être contresigné par le président du Conseil des ministres et par un ministre.*

constitutionnel. Elle est rapidement l'objet d'une « guerre des chefs » entre les deux têtes de l'Exécutif, résolue en faveur de Matignon par le Conseil d'Etat (2), qui y voit la garantie du système parlementaire moniste, contrepartie nécessaire à l'interprétation extensive des attributions du Président de la République (1).

1) Le contreseing, enjeu de la survivance de la « constitution Grévy »

432. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat interprète avec rigueur l'article 38 de la Constitution de 1946 ; elle en impose le respect en exigeant le double contreseing (du président du Conseil et d'un ministre) sur chacun des actes du Président de la République. Pour la haute assemblée, cette interprétation stricte[195] du champ de l'article 38 fait figure de contrepartie nécessaire à l'interprétation extensive des fonctions normatrices du chef de l'Etat (*cf. supra*, n°420 s.). Toute autre lecture, reconnaît le président de la Section de l'intérieur, Georges Michel, *« aurait pour conséquence de supprimer le contreseing ministériel, et de donner au Président de la République des pouvoirs plus étendus que ceux qu'il possède actuellement »*[196]. Le contreseing est perçu, par l'Assemblée générale, comme la garantie du système parlementaire moniste – « la constitution Grévy » – qui survit à la chute des lois constitutionnelles de 1875. Les propos du rapporteur Louis Canet, le 6 novembre 1947, ne permettent pas de douter de cette lecture :

> « [Sous la troisième République, émerge] une nouvelle notion du contreseing, qui tenait à ce que le Président de la République ne gouvernait pas directement et n'était pas responsable devant les Chambres. A partir de ce moment-là, il a été décidé que tous ses actes devraient être contresignés par un ministre qui, par là même, en prenait la responsabilité devant le Parlement. C'est à peu près la situation à laquelle nous en sommes restés sous la Constitution de 1946, à cela près que (…) les actes du Président de la République doivent toujours être contresignés à la fois du Président du Conseil et d'un autre ministre. »[197]

Sous la IVe République, le Conseil d'Etat relativise immédiatement l'affaiblissement fonctionnel du Président de la République, mais s'érige en gardien indiscutable de la « constitution Grévy » ; il subordonne l'augmentation des attributions présidentielles à l'exigence – systématiquement rappelée – du double contreseing. Ses avis rendus en la

[195] C'est-à-dire non constructive.

[196] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334, *op. cit.,* p.20. Le terme « actuellement » signifie sans doute « sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 ».

[197] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 6 novembre 1947, n°242312 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/5, dossier n°157, p.4-5

matière en témoignent[198]. La solution est confirmée, par principe, en Assemblée générale le 3 février 1955 : *« l'article 38 de la Constitution (...) impose expressément dans tous les cas l'obligation du double contreseing et ne permet d'y apporter aucune exception »*[199]. En ce sens, le *« pouvoir propre »* du Président de la République auquel fait référence le Conseil d'Etat dans son avis du 27 février 1947 (*cf. supra*, n°425 s.) n'a rien d'un pouvoir discrétionnaire au sens que lui donnera la doctrine constitutionnelle de la Ve République[200]. Or, la discrétionnalité des pouvoirs du Président de la République est l'objet d'une importante « guerre des chefs » dans les premiers mois d'application de la IVe République.

2) L'étendue du contreseing : une « guerre des chefs » arbitrée par le Conseil d'Etat

433. Élu Président de la République le 16 janvier 1947, Vincent Auriol entend donner à la fonction présidentielle sa pleine effectivité. Dès les premières semaines d'application du nouveau régime, il interprète ses attributions constitutionnelles dans un sens large ; *« sur ses pouvoirs,* souligne Pierre Nora, *Vincent Auriol ne fait pas de concessions. La moindre menace appelle de sa part une réplique instantanée. (...) Les chasses étant bien gardées, il s'agit d'arrondir le domaine. »*[201] Or très tôt, les tensions se cristallisent entre le Président de la République et le président du Conseil sur la question du contreseing ministériel. Vincent Auriol accepte sans difficulté l'existence du contreseing en matière de politique intérieure[202].

---

[198] Ainsi, on lit s'agissant des décrets pris sur recours contre les décisions du Conseil des prises, laissés à la compétence du Président de la République, que *« [ces décrets] doivent, en outre être contresignés par le Président du Conseil des ministres, en exécution de l'article 38, et comme par le passé, par le Garde des Sceaux »* (CE, Assemblée générale, 6 février 1947, n°237790) On lit, dans le même sens, s'agissant des nominations dans l'ordre de la légion d'honneur : *« le Président de la République doit être regardé comme ayant toujours seul qualité, sous réserve du contreseing du Président du Conseil conformément à l'article 38, pour nommer par décret les membres de l'ordre (...) »* (CE, Assemblée générale, 13 février 1947, n°240334). La même formule figure dans l'avis relatif aux dispenses de mariage : *« en conséquence le Président de la République demeure seul qualifié, sous réserve du contreseing du Président du Conseil des ministres et du Garde des Sceaux, ministre de la justice, pour accorder par décret les dispenses en matière de mariage »* (CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240419), ainsi que dans l'avis relatif à l'autorisation de porter des ordres étrangers : *« le Président de la République doit être regardé comme ayant toujours seul qualité, sous réserve du double contreseing prescrit à l'article 38 de la Constitution, pour délivrer aux Français l'autorisation d'accepter et de porter des ordres étrangers »* (CE, Assemblée générale, 3 avril 1947, n°240664) et à la nomination dans les ordres coloniaux : *« qu'il conserve donc à ce titre, dans tout le domaine de la République française (...), sous réserve du double contreseing prescrit à l'article 38 de la Constitution le droit de nomination dans les ordres coloniaux ».* (CE, Assemblée générale, 3 avril 1947, n°240665)

[199] CE, Assemblée générale, 3 février 1955, n°265917, « Question de savoir si le contreseing d'un ministre doit nécessairement accompagner le contreseing du président du Conseil dans les décret signés par le Président de la République lorsque le président du Conseil peut être regardé comme le seul ministre intéressé »

[200] HAMON, F., TROPER, M., *Droit constitutionnel, op. cit.,* 37e éd., p.585 et s.

[201] NORA, P., « Introduction générale », *in :* AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947,* p.LIII et LIV

[202] *« Dans les affaires de la République, le président de la République exerce ses fonctions comme auparavant et il le fait sous le contreseing du Gouvernement »* (*ibid.,* p.121)

En revanche, il considère que la Constitution lui confie des attributions propres et réservées sur les affaires relevant du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) (a) et de l'Union française (b). Le Gouvernement conteste cette lecture[203]. Il appartient au Conseil d'Etat d'arbitrer la question ; ce faisant la Haute assemblée se retrouve au cœur d'un conflit ouvert entre les deux têtes de l'exécutif, dont la résolution dépend de l'interprétation donnée au texte constitutionnel du 27 octobre 1946.

a) Première querelle : les fonctions exercées en Conseil supérieur de la magistrature

434. Le premier des domaines que souhaite se réserver Vincent Auriol est celui du droit de grâce et du pouvoir de nomination des magistrats, exercés en Conseil supérieur de la magistrature. Aux yeux d'Auriol, cette institution nouvelle – voulue par les Assemblées constituantes pour assurer l'indépendance de la justice[204], devrait échapper à l'emprise du cabinet ministériel :

> « placer ces nominations sous le contreseing du Gouvernement, c'est en rendre ce dernier responsable devant le Parlement et permettre à celui-ci d'exercer son contrôle sur cette fonction indépendante et qu'on a solennellement voulue telle. De même pour l'exercice du droit de grâce, qui est et doit demeurer un droit régalien »[205].

Le contreseing ministériel, exigé par l'article 38, entrerait ainsi en confrontation avec l'indépendance de la justice souhaitée par les constituants. *« La lettre me tue, mais l'esprit me soutient »*[206] reconnaît Auriol.

435. De son côté, Paul Ramadier, président du Conseil, entend conserver son droit de contresigner. Jugée délicate, la question est soumise au Conseil d'Etat qui, avant même l'examen, se retrouve au cœur de la querelle[207]. En Assemblée générale, le rapporteur Louis Canet, souligne d'emblée les enjeux d'une extension du contreseing au champ judiciaire : *« [d]ans ce cas,* remarque-t-il, *la politique se réintroduit dans le judiciaire : on pourra*

---

[203] Sur cet épisode, v. NORA, P., *ibid.,* p.LIII et s.

[204] v. BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République, op. cit.,* p.379 et s.

[205] AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947, op. cit.,* p.154

[206] *ibid.*

[207] Ainsi, Pierre Nora remarque que : *« Ramadier n'en démord pas et fait appel au rapporteur désigné du Conseil d'Etat, le conseiller Puget. Convocation immédiate du conseiller Puget* [nda : par le Président de la République]*, qui « paraît très impressionné par [s]on argumentation » mais ne s'en abrite pas moins derrière l'autorité du président du Conseil d'Etat. Deux heures plus tard, c'est le garde des Sceaux, André Marie, qui est convoqué à l'Elysée : même réserve. Colère du Président, qui menace le ministre, « surpris et inquiet », d'adresser un message au Parlement. L'Elysée se déchaîne. Bientôt, c'est le vice-président du Conseil d'Etat, René Cassin, que Vincent Auriol tente de fléchir. Peine perdue. « C'est lamentable », soupire le Président »* (NORA, P., « Introduction générale », *in :* AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947,* p.LV).

interpeler le Président du Conseil et le renverser sur des questions relatives à la nomination des magistrats. »[208] Le Secrétaire général du Gouvernement[209], André Ségalat, remarque que la principale difficulté d'interprétation résulte :

> « [d'une] contradiction entre la lettre de la Constitution et l'esprit dans lequel a été envisagé le pouvoir judiciaire, esprit qui résulte à la fois des travaux préparatoires et de certaines dispositions de la Constitution elle-même (…). »
>
> En effet, « il semble qu'en ce qui concerne la nomination des magistrats, (…) il soit nécessaire d'avoir les deux contreseings exigés par l'article 38. Mais à l'inverse, tout l'esprit de la Constitution tend vers l'indépendance de la fonction judiciaire (…) »[210].

Le conseiller Charles Blondel partage cet avis et considère que :

> « l'interprétation du texte constitutionnel aboutit à une véritable contradiction, parce qu'on a voulu exactement soustraire la nomination de tous les magistrats du siège à l'influence politique. (…) A partir du moment où le Président du Conseil refuse son contreseing, cette intervention met obstacle au jeu régulier de la nomination des magistrats »[211].

Le Conseil d'Etat a donc parfaitement conscience de l'obstacle que constituerait le contreseing à l'indépendance de la justice. Indépendance qui, reconnaît le rapporteur Canet, *« serait – si le texte de la Constitution le permettait – une raison de supprimer tout contreseing »*[212]. Mais, ajoute-t-il, *« on n'ose pas aller jusque-là »,* précisément parce la Constitution ne le permet pas. Car, comme il l'admet un peu plus tard, *« il y a des choses que le Conseil d'Etat ne peut pas faire, et en particulier résoudre une contradiction (...) entre deux articles de la Constitution. »*[213] Finalement, la lettre – claire – du texte constitutionnel doit prévaloir et René Cassin reconnaît *« qu'il faut faire pencher la balance vers le contreseing »*[214]. La thèse de Paul Ramadier l'emporte malgré les apparentes réticences du Conseil d'Etat qui, condamné aux expédients, propose néanmoins par la voix de son rapporteur une solution qui consisterait à *« présenter au Président de la République un décret déjà contresigné en blanc, ce qui lui laisse[rait] l'entière liberté de sa décision. »*[215]

---

[208] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 mars 1947, n°240582 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/4, dossier n°52, p.4

[209] Pierre Nora remarque que Vincent Auriol réussit à convaincre le Secrétaire général du gouvernement de la justesse de sa position. (NORA, P., « Introduction générale », *in :* AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947,* p.LV)

[210] *ibid.,* p.16

[211] *ibid.,* p.19

[212] *ibid.,* p.4

[213] *ibid.,* p.24

[214] *ibid.,* p.26

[215] *ibid.,* p.11

b) Seconde querelle : les fonctions relatives à l'Union française

436. Aux termes de l'article 64 de la Constitution de 1946, *« le Président de la République française est le président de l'Union française ».* Ici encore, le contreseing est l'objet d'une « guerre des chefs » à la tête de l'Etat. D'un côté, Vincent Auriol entend faire de l'Union française une « chasse gardée » du Président de la République[216]. Dans son *Journal,* il écrit que *« le chef de l'Union française, c'est le président de la République assisté d'un certain nombre de ministres. (...) Pour ce rôle il n'aurait pas besoin de contreseing. »*[217] Il est, encouragé, en ce sens, par Raymond Janot, son conseiller juridique, maître des requêtes au Conseil d'Etat placé en détachement auprès du secrétariat général de l'Elysée. Dans une note adressée au Président de la République relative au décret de convocation du Haut-Conseil de l'Union française, datée du 2 mars 1948, Raymond Janot écrit :

> « A notre sens, les actes du Président de l'Union ne devraient pas, en tant que tels, être soumis au contreseing : la Présidence de l'Union étant une institution distincte des institutions de la République et le Président de l'Union n'étant par suite, dans ses rapports avec les organes de l'Union, pas soumis aux mêmes obligations que le Président de la République dans ses rapports avec les organes de la République. Malheureusement, il n'est pas sûr qu'une telle thèse soit susceptible de l'emporter (…) »[218]

De l'autre côté, en effet, le Gouvernement entend conserver la mainmise sur l'Union française et la maîtrise de la diplomatie interne à l'Union ; dès 1947, Paul Ramadier considère le Haut-Conseil de l'Union comme un organisme purement consultatif et s'oppose à toute suppression du contreseing sur les décrets intervenants dans les TOM et les Etats associés[219].

---

[216] Comme l'écrit Pierre Nora : *« Bien conscient des difficultés de l'entreprise, Vincent Auriol lie l'indépendance qu'il entend s'assurer en tant que président de l'Union française à une conception d'ensemble affirmée dès le lendemain de son élection et constamment réaffirmée, jusqu'à l'insistance la plus répétitive: « Organisation et développement de l'Union française, proclame-t-il lors des premières consultations du 17 janvier, dans l'esprit du préambule bien plus que d'après la lettre étroite du titre VIII ». »* (NORA, P., « Introduction générale », *in :* AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947,* p.LIV) ; v. aussi, sur cette question, FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.507 et s.

[217] AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947, op. cit.,* p.121

[218] « Note à l'attention de Monsieur le Président de la République sur une communication de Monsieur le Ministre de la France d'Outre-Mer relative au Haut-Conseil de l'Union française », 2 mars 1948, 3 pages dactylographiées – Archives Raymond Janot, cote 4AG/25, Année 1948 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine

[219] Comme le souligne Pierre Nora, *« La bataille s'ouvre en Conseil des ministres le 4 mars 1947. Paul Ramadier : « C'est le gouvernement de la République qui a la charge de l'Union française et de la diplomatie de cette Union, il n'y a pas de ministres fédéraux pour une République qui garde son entière responsabilité. Il y a un Haut-Conseil qui traitera de certaines questions spéciales, mais sans décision obligatoire ». Protestation de Vincent Auriol : « L'Union française n'est pas un régime fédéral, je le regrette d'ailleurs ; sur ce point on n'a pas pu se mettre d'accord lors du débat de la Constituante. Mais il n'est pas douteux que le président de l'Union française, par la force même des événements, devra être indépendant du Gouvernement français ». Il convient donc, d'après lui, de distinguer nettement les TOM « qui font partie de la République avec le contreseing du Gouvernement », et les Etats associés pour lesquels le Président agit en toute indépendance. « Ramadier n'est*

Pour la doctrine, la généralité de la règle du contreseing ministériel ne fait d'ailleurs aucun doute[220].

437. Pour le Conseil d'Etat la solution n'est pas si tranchée, voire elle embarrasse ; la question est systématiquement réservée en 1947 et 1948[221]. Cet embarras est exprimé par Henry Puget en décembre 1947 dans son projet de rapport sur le projet de décret portant ratification des ordonnances de Thierry d'Argenlieu (*cf. supra*, n°403 s.)[222]. L'étendue du contreseing passe pour une *« question redoutable »* ; Puget considère que « *[n'étant] pas actuellement consultés, mieux vaut écarter »*[223]. La question est résolue par la pratique, et par référence à la tradition. Sur ce point, comme sur le précédent, la règle du contreseing ministériel ne souffre finalement, en 1946 comme en 1875, d'aucune exception[224].

438. A la faveur d'une interprétation traditionnelle de la Constitution d'octobre 1946, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat relativise donc l'affaiblissement qui frappe le Président de la République à la Libération. Les pratiques héritées de 1875, sinon du XIXe siècle, permettent de sauvegarder la fonction présidentielle et de donner corps au bicéphalisme de l'Exécutif sous la IVe République.

439. Conclusion de la section. *« La République s'est installée dans le lit de l'Empire, et l'a trouvé commode. »* [225] (C. Nicolet) Le pouvoir réglementaire est un héritage du

---

pas d'accord », mais Auriol est inébranlable – « Je ne l'accepte pas » – et menace, « le moment voulu », de consulter le Conseil d'Etat et au besoin le Parlement. » (NORA, P., « Introduction générale », *in :* AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome I, 1947,* p.LIV)

[220] LAMPUE, P., « L'Union française d'après la Constitution », *art. cit.,* p.182 ;

[221] v. les propos de Louis Canet en Assemblée générale le 27 mars 1947: *« Il n'est aucun acte du Président de la République en tant que tel – la question étant réservée pour les actes du Président de l'Union française – qui ne doivent être contresignés et du double contreseing »* (on souligne) (Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 27 mars 1947, n°240582 ; *op. cit.,* p.3)

[222] Notes manuscrites, non dactylographiées et non formalisées, 6 pages – CE, Section des finances, projet de décret portant ratification de certaines ordonnances fédérales du Haut-Commissaire de France en Indochine, décembre 1947, n°242531 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/56. Le projet de décret a été retiré avant d'être débattu en section, le gouvernement ayant préféré la voie de la ratification parlementaire.

[223] Notes manuscrites, *op. cit.,* p.5 Henry Puget présente les thèses en débat : il reconnaît que quatre arguments plaident en faveur du contreseing : la *généralité* des termes de l'article 38, la *nécessité* de suppléer l'irresponsabilité présidentielle, la *tradition* et la *conformité* aux solutions déjà retenues par le Conseil d'Etat dans ses avis rendus sur la question. Mais d'autres arguments militent en défaveur du contreseing : d'abord, la *structure* même de l'Union française, présidée par le Président de la République et dont il représente, selon le texte constitutionnel, les intérêts permanents (article 60), ensuite, la *spécialité* du titre VIII de la Constitution qui *« semble porter atteinte »* à la généralité des termes de l'article 38, enfin, l'*inconvénient politique,* qu'il y aurait à retirer au Président de la République son rôle *« d'arbitre »* s'agissant des intérêts de l'Union.

[224] v. Décret n°48-2052 du 31 décembre 1948 prorogeant les dispositions du décret n°47-2167 du 15 novembre 1947 portant réglementation des loyers des locaux d'habitation en Afrique équatoriale française.

[225] NICOLET, C., *L'idée républicaine en France, op. cit.,* p.449

constitutionnalisme du XIXe siècle, réceptionné par la République parlementaire. La « fonction d'exécution des lois » – constamment réitérée dans les textes constitutionnels depuis l'an III – est l'expression formelle de cette filiation constitutionnelle. Interprétée à la lumière de la tradition, elle permet à la République parlementaire de renouer, non seulement avec les « principes de 1789 », mais avec les pratiques héritées de l'an VIII. Au milieu du XXe siècle, cette interprétation traditionnelle est employée au renforcement de l'Exécutif ; elle est un correctif aux lacunes des constitutions de 1875 et 1946. Parallèlement, la « fonction d'exécution des lois » fait l'objet d'une réinterprétation téléologique, ayant pour objet de justifier l'existence du pouvoir réglementaire, non par référence au passé, mais au regard de ses finalités pratiques dans le constitutionnalisme républicain du XXe siècle.

SECTION 2 :
L'EXECUTION DES LOIS, FONDEMENT TELEOLOGIQUE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

440. Au milieu du XXe siècle, seule une interprétation extensive de la « fonction d'exécution des lois » permet de rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire sans rompre avec l'idéal classique de la souveraineté parlementaire. La jurisprudence[226] et la doctrine républicaine positiviste – incarnée au premier chef par Carré de Malberg – opèrent alors une relecture téléologique (c'est-à-dire finaliste) de l'exécution des lois. A rebours des conceptions rousseauistes[227], elle est progressivement pensée comme une véritable *mission,* empreinte de discrétionnalité, faite d'initiative ou d'anticipation, et irréductible à l'application mécanique des lois (§2), dont le pouvoir réglementaire serait un des *instruments* indispensables (§1).

§1. Le pouvoir réglementaire, instrument d'une mission d'exécution des lois

441. Dans la littérature positiviste du premier XXe siècle, « l'exécution des lois » est érigée en véritable *mission* conférée, par la Constitution, au Président de la République (article 3 de la loi constitutionnelle du 25 avril 1875) ou au président du Conseil (article 47 de la Constitution de 1946). Elle caractérise progressivement une activité propre de l'Exécutif, c'est-à-dire des *fins* qui lui sont assignées dans l'exercice de la puissance étatique (A). Le

[226] v. STECK, O., *op. cit.,* p.512 et s.

[227] L'exécution y est perçue comme un simple *instrument*, dénuée de *substance.* Elle n'est qu'adjective. (v. BACHOFEN, B., « La notion d'exécution chez Rousseau. Une psychopathologie du corps politique. », *Revue française d'histoire des idées politiques,* 2011, n°2, p.275-298, spéc. p.284-285

pouvoir réglementaire se distingue alors de l'exécution des lois comme le *moyen* par rapport à cette *fin*[228] : il est l'un des instruments de réalisation de cette mission (B).

A- DE L'EXECUTION-OBJET A L'EXECUTION-FIN : LA FONCTION ADMINISTRATIVE

442. « Exécuter la loi » est une *fonction* constitutionnelle – c'est-à-dire une « activité » – dont la réalisation est invariablement confiée à l'Exécutif depuis la Révolution française. Pour autant, cette approche fonctionnelle ne renseigne qu'assez peu sur la véritable nature de « l'activité » d'exécution. En biologie, en effet, – comme en théorie de l'Etat – la notion de « fonction » recouvre deux réalités sémantiques, mises en évidence par Charles Eisenmann[229] et son élève Gérard Timsit[230]. D'une part, la fonction peut désigner le *produit* de l'activité d'un organe, le *résultat* de cette activité (le cœur a une fonction de pompage du sang) : c'est la « fonction-objet »[231]. D'autre part, la fonction peut désigner les *finalités* de l'activité d'un organe, les *objectifs* de son action (le cœur a pour fonction de faire circuler le sang) : c'est la « fonction-fin »[232]. Au XXe siècle, revaloriser le pouvoir réglementaire de l'Exécutif, sans céder à la théorie du droit naturel, impose de rompre avec une conception purement objective de « l'exécution » (1) au profit d'une définition finaliste du rôle conféré à l'Exécutif par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution de 1946 (2).

---

[228] Etant entendu qu'il s'agit *d'un* moyen d'accomplissement de cette fin. Au côté du pouvoir réglementaire, figurent le pouvoir de nomination et le pouvoir de recourir à la force (v. sur ces éléments, MONTAY, B., *Doctrine des fonctions d'un Exécutif, op. cit.,* p.173 et s.)

[229] EISENMANN, C., *Droit administratif approfondi,* 1956-1957, Paris : Ed. Cujas, 195 pages, spéc. p.64 ; EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.291-311, spéc. p.292

[230] TIMSIT, G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1963, 329 pages, spéc. p.10-14

[231] En droit, la « fonction-objet » désigne *« le produit, le résultat de l'activité de l'organe, c'est-à-dire l'acte d'un organe ou d'un agent, au terme d'une activité qui a précisément pour objet l'édiction de cet acte. »* (TIMSIT, G., *op. cit.,* p.12) En ce sens, la fonction « d'exécution des lois » renvoie à la production d'actes *exécutifs,* c'est-à-dire subordonnés.

[232] En droit, la « fonction-fin » correspond à *« l'intention qui anime l'auteur de l'activité étatique, l'agent de la fonction. »* (*ibid.,* p.13) Elle est souvent reléguée hors du droit, comme se situant sur le plan *psychologique*, voire *métaphysique.* (*ibid.*) En ce sens, « exécuter la loi » participe d'une mission dont les *fins* dépassent la simple production d'actes subordonnés. Il est alors nécessaire d'étudier quel *rôle* « l'exécution des lois » assume envers la collectivité, c'est-à-dire en quoi *« elle contribue à sa vie, ce qu'[elle] lui apporte ».* (EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.292)

1) Rompre avec la conception objective de l'exécution : l'héritage ambigu de Carré de Malberg

443. Raymond Carré de Malberg tire de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 la définition constitutionnelle de la fonction administrative ; elle est une « fonction d'exécution des lois »[233]. Il en retient une conception essentiellement objective : l'exécution des lois est – avant tout et essentiellement – l'expression d'une subordination (a). Pour autant, dans son langage, l'administration ne se réduit pas à la production d'actes *exécutifs,* c'est-à-dire subordonnés ; elle est aussi une *« mission générale »*, empreinte de discrétionnalité, conférée à l'Exécutif par la Constitution (b).

a) L'exécution des lois, expression d'une subordination

444. A la faveur de l'idée que l'Etat est *« un système d'organes »*[234], Carré de Malberg adopte une conception objective des fonctions étatiques[235]. Dans sa théorie, l'exécution des lois est essentiellement *« l'expression d'une subordination de puissance »*[236] (E. Maulin) ; elle marque la dépendance spéciale dans laquelle l'Administration se trouve placée vis-à-vis du Parlement :

> « [P]our marquer la différence essentielle qui sépare l'administration et la législation, la Constitution s'attache exclusivement à l'inégalité des pouvoirs qui sont inhérents à chacune des deux fonctions, inégalité qui n'est d'ailleurs qu'une conséquence de l'inégalité de leurs organes. De là la définition de l'art. 3. Dans ce texte, la fonction des administrateurs, à commencer par le Président de la République, est caractérisée uniquement par le rapport de dépendance et de subordination qui y est établi entre l'acte administratif et la loi, subordination qui est poussée à un point tel que, selon la formule de l'art. 3, la fonction administrative ne consiste normalement qu'en exécution des lois. »[237]

Exécuter les lois, consiste donc à *produire* des actes subordonnés. En ce sens, « l'exécution » est purement objective : elle est le résultat (c'est-à-dire l'objet) d'une activité *non initiale* dans l'Etat ; le produit d'un *« pouvoir légal »*[238], c'est-à-dire d'une action

---

[233] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.490, p.502 et s. *« Le domaine de l'administration, c'est le domaine de l'exécution des lois. » (ibid.,* p.477)

[234] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 pages, spéc. p.167

[235] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.259 et s. ; v., MAULIN, E., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* Paris : PUF, 2003, 344 pages, spéc. p.243 et s.

[236] MAULIN, E., *op. cit.,* p.282

[237] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.476

[238] *ibid.,* p.468, p.496-497

conditionnée et limitée par la loi[239]. Exécuter les lois, c'est agir dans la *légalité.* L'article 3 de la loi du 25 février 1875 fait ainsi du système français un *Etat légal, « dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution »*[240]. Bref, Carré de Malberg adopte une conception essentiellement objective de l'exécution ; elle est l'expression d'une activité subalterne et secondaire. Il en résulte que *« la fonction administrative tout entière se ramène, par définition même, à une activité d'exécution des lois. »*[241]

445. Ce faisant, Carré de Malberg rompt déjà avec la conception rousseauiste de l'exécution (*cf. supra,* introduction générale, n°40). Car, écrit-il, *« exécuter la loi, au sens donné par Rousseau au mot d'exécution, ou tenir de la loi un pouvoir d'action et de volonté, ce sont là deux notions bien différentes. »*[242] Paradoxalement donc, la conception objective de la fonction d'exécution ouvre la voie à l'élargissement des pouvoirs de l'Administration ; selon le *degré* de subordination – c'est-à-dire, selon la consistance du rapport de légalité – le résultat de l'activité d'exécution (l'acte exécutif produit) se révélera plus ou moins discrétionnaire. Penser l'exécution-objet revient donc à penser l'intensité du rapport de subordination qui relie l'acte exécutif à la loi. Or, cette intensité – quoi qu'on en dise – est conditionnée par la *finalité,* ou la *mission,* que l'on reconnaît à l'Administration dans la collectivité étatique. Contrairement à l'idée reçue, Carré de Malberg ne s'en désintéresse pas. Voire, sa conception de « l'exécution-fin » influe sur sa conception, très élastique, du rapport de subordination.

b) L'exécution des lois, « mission générale » d'administration

446. Carré de Malberg rejette systématiquement les considérations de *but* dans son analyse des fonctions de l'Etat[243]. Il ne s'intéresse qu'au produit de l'activité des organes, c'est-à-dire

---

[239] *ibid.,* p.488, p.498, p.503 ; v. aussi CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.162 et s.

[240] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.490

[241] *ibid.* v. aussi, CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés, op. cit.,* p.46

[242] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.468. On rappelle que, dans la conception rousseauiste, l'exécution consiste à *« appliquer au cas individuel les prescriptions générales de la loi. »* (MONTAY, B., *op. cit.,* p.470). Elle exclut donc, non seulement, le pouvoir réglementaire mais le pouvoir discrétionnaire.

[243] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.259 et s., et p.463 et s. ; *« Au point de vue juridique, les actes de l'Etat doivent être définis et distingués, non point d'après des considérations rationnelles tirées de leur but ou de leur nature intrinsèque, mais bien d'après les données positives concernant leur teneur externe et leurs effets de droit, tels que ceux-ci sont fixés par la Constitution.*

aux *actes* (ou objets) et à leur régime – envisagés sous un angle exclusivement juridique et formel. Les autres analyses sont perçues par lui comme extra-juridiques, politiques, psychologiques ou métaphysiques[244]. Dans cette conception, l'exécution des lois n'est qu'objective ; le Président de la République – placé à la tête de l'Administration – a fonction de produire des actes *exécutifs,* c'est-à-dire subordonnés à la loi.

447. En dépit de cette position de principe, Carré de Malberg reconnaît que le Président de la République est investi, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, d'une *« mission générale d'exécution des lois. »*[245] Le terme est emprunté à Théophile Ducrocq[246] et témoigne – cette fois – d'une conception *finaliste* de l'exécution. Le maître de Strasbourg reconnaît que l'activité du Président de la République ne se réduit pas à produire des *objets* subordonnés, mais à poursuivre certaines fins exigées pour la vie de la collectivité étatique. Ainsi, Carré de Malberg écrit :

> « un Etat qui s'imposerait de vivre exclusivement sur ses lois, en ce sens que son activité serait indéfiniment enchaînée à des décisions ou mesures prises préalablement par voie législative, un tel Etat se mettrait pratiquement dans l'impossibilité de subsister (…). [I]l est manifeste que la loi ne saurait tout prévoir. Innombrables sont les mesures de circonstance que l'Etat est appelé à prendre, au jour le jour et d'une façon incessante, en raison d'évènements variables que les lois n'ont pu pressentir ; et quand encore la législation aurait prévu certaines éventualités, elle ne saurait prescrire d'avance les dispositions à y adapter : souvent, en effet, ces dispositions ne peuvent être utilement choisies qu'au fur et à mesure que se produisent les incidents qui les rendent nécessaires. Sans doute, l'on a vu plus haut que, dans le droit public actuel, le domaine de la législation est illimité à un point tel que l'organe législatif peut toujours, au moment voulu, statuer par lui-même en forme de loi sur les situations que font quotidiennement surgir les circonstances. Toutefois, il convient d'observer qu'en pratique le Corps législatif n'est guère apte à cette tâche. La raison en est d'abord que la procédure législative, avec ses longueurs, ne se prête guère à l'adoption de mesures qui demandent à être prises rapidement, afin de faire face immédiatement aux circonstances passagères ; en outre, les assemblées législatives ne possèdent ni les moyens d'information, ni les capacités techniques, indispensables pour déterminer convenablement ces mesures, c'est là une mission que l'autorité administrative est seule capable de bien remplir ; enfin, ce qui prouve nettement que la Constitution ne compte pas sur le Parlement pour l'accomplissement de cette tâche, c'est ce fait qu'elle n'a pas admis les assemblées à siéger en permanence, et pourtant, dans les intervalles des sessions,

---

Or, les Constitutions font dépendre la qualification et l'efficacité juridiques des divers actes étatiques d'une question de forme et d'organe. » (*ibid.,* p.268)

[244] v. encore, EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.292 ; EISENMANN, C., « La théorie des fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg », *in : Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, 1861-1935,* Paris : Dalloz, 1966, 182 pages, spéc. p.49-71, rééd. *in :* EISENMANN, C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques,* Paris : Ed. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2002, 668 pages, spéc. p.221-236

[245] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.637, et p.554, p.584, p.600, p.659

[246] DUCROCQ, T., *Cours de droit administratif,* 6e éd., t.1, Paris : Ernest Thorin, 1881, 795 pages, spéc. p.10

> il faut bien que l'Etat garde la possibilité de prendre, par la voie administrative, les mesures de circonstance dont le besoin se fait constamment sentir. D'autre part, il est non moins manifeste que ces mesures, précisément parce qu'elles dépendent des évènements journaliers et varient suivant les faits qui les provoquent, devront pouvoir être décidées par l'autorité administrative à qui elles incombent, d'après les besoins du moment, donc librement, avec un pouvoir d'appréciation actuelle ; le législateur ne saurait prétendre fixer par une règle stable et inflexible ce que l'autorité administrative aura à décider dans chaque espèce ; il faut que l'administrateur possède une certaine liberté d'initiative, une puissance de décision propre, en un mot la faculté de vouloir et d'agir sous son estimation personnelle. »[247] (on souligne)

Ces propos longuement reproduits témoignent de l'utilité sociale de l'Administration, de son rôle envers la collectivité étatique. Sans l'avouer, Carré de Malberg se livre ici à analyse *finaliste* de la fonction administrative. Il définit l'*objectif* de l'action administrative : réagir aux circonstances, journalières ou extraordinaires, pour faire vivre la collectivité étatique, c'est-à-dire l'Etat.

448. Il s'agit là d'une véritable « mission » constitutionnelle. Exécuter les lois, n'est pas seulement produire une action subordonnée (exécution-objet), c'est aussi répondre à des *besoins* sociaux, assumer un rôle spécifique à l'égard de la collectivité[248] (exécution-fin). Cette perspective *finaliste* de l'action administrative n'est pas sans conséquence sur la conception *objective* de « l'exécution » ; elle ouvre la voie au relâchement du rapport de subordination. Parce que le Président de la République a la « mission générale » de réagir aux circonstances pour faire vivre l'Etat, en tous temps et en tous lieux, son action implique une certaine discrétionnalité. Carré de Malberg le reconnaît sans difficulté :

> « la multiplication et la complexité croissante des tâches gouvernementales exigent qu'une liberté de plus en plus grande soit laissée à l'autorité chargée de traiter les affaires du gouvernement. »[249]

> « [la puissance exécutive] comporte, elle aussi, des facultés de décision propre et même d'initiative plus ou moins large ; car l'Exécutif n'est pas seulement une machine à exécuter, mais une « autorité », qui, comme telle est pourvue elle-même de pouvoir national et qui a à jouer un rôle d'appréciation et de création. »[250]

A n'en point douter, ces propos inspirent la jurisprudence du Conseil d'Etat[251], ce dont témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement Charles Ettori, sous l'arrêt *Union des voies ferrées et des transports automobiles* du 26 avril 1929 :

---

[247] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.467-468

[248] v. LANZA, A., *op. cit.,* p.221 et s.

[249] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.*, t.2, p.107-108, note 66.

[250] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.79

[251] Il s'agit ici de l'essence de la *thèse* d'Olivier Steck. (*La renaissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.512 et s. et p.532) (*cf. infra*, n°469)

> « le chef de l'Etat est investi du pouvoir constitutionnel d'exécution des lois. Il ne s'agit pas seulement pour lui de procurer l'exécution matérielle de la loi. Le devoir s'impose aux pouvoirs publics, quels qu'ils soient, d'assurer la marche de l'Etat. Or la loi n'y suffit pas. »[252]

449. Ainsi, contrairement à l'idée reçue, Carré de Malberg n'ignore pas les *fins* de la fonction posée par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Il en tire même des conséquences importantes sur la consistance du rapport de subordination de l'acte administratif à la loi (*cf. infra*, n°473 s.). La « mission d'exécution des lois » est bien moins une fonction *« de précision, d'individuation et de concrétisation »*[253] des règles posées par le législateur, qu'une fonction de décision caractérisée, comme l'écrit Benoît Montay, par *« [l']action permanente qui doit s'adapter systématiquement aux circonstances afin de garantir la continuité de l'Etat et l'intérêt public »*[254]. Sous la IVe République, Vedel et Capitant s'inscrivent exactement dans cette lignée, en « dévoilant » le caractère essentiellement *finaliste* de la fonction d'exécution des lois.

2) La mission d'exécution des lois, assurance d'un ordre juridique légal

450. Positivisme oblige, Georges Vedel (a) et René Capitant (b) ne parviennent pas à rompre avec la « fonction d'exécution des lois » pour rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire. Pour autant, à la différence de Carré de Malberg, ils assument pleinement la dimension finaliste de la fonction posée à l'article 47 de la Constitution de 1946. Exécuter les lois, c'est assurer un ordre juridique légal.

a) Georges Vedel et « les bases constitutionnelles du droit administratif »

451. Formé à Toulouse, Georges Vedel est souvent présenté comme le fils spirituel de Maurice Hauriou[255]. Pour vraie qu'elle soit, cette présentation masque la filiation intellectuelle qui relie Vedel aux positivistes juridiques. Dans sa théorie des *« bases constitutionnelles du droit administratif »*[256], publiée – en pleine crise du droit administratif –

[252] ETTORI, conclusions sur CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et des transports automobiles, S.* 1930.III.50, concl. Ettori ; *D.* 1929.III.31, concl. Ettori ; *RDP* 1929.321, concl. Ettori
[253] MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif », op. cit.,* p.503
[254] *ibid.,* p.558
[255] v. par exemple, DELVOLVE, P., « Georges Vedel et l'école de Toulouse », *RFDC,* HS n°1, 2004, p.37 et s. ; v. aussi SFEZ, L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1966, 520 pages, spéc. p.378 et s. ; FOULQUIER, N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Juspoliticum,* n°2, mars 2009 ; MILLARD, E., « Les disciples administrativistes d'Hauriou », *Revista Opinião Jurídica,* n°3, 2005, p.373-392
[256] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE,* 1954, p.21-53

en 1954 aux *Etudes et documents du Conseil d'Etat,* Georges Vedel cherche à asseoir la spécificité du droit administratif[257], et la supériorité du critère de la « puissance publique », sur la Constitution formelle (i). Ce faisant, il adopte une vision finaliste de la fonction constitutionnelle d'exécution des lois (ii).

i) L'entreprise vedélienne : adosser le critère de la « puissance publique » à supériorité de la Constitution formelle

452. La théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif » paraît en 1954 dans un contexte de crise du droit administratif, en général, et de crise du service public, en particulier[258]. L'entreprise de Vedel consiste alors à justifier l'existence d'un droit spécial à l'administration[259], en renouant avec le critère de la « puissance publique » – emprunté à l'école toulousaine – c'est-à-dire avec *l'imperium* de l'Exécutif[260], progressivement abandonné par « l'école du service public ». Pour autant, il refuse de renouer avec la théorie institutionnelle d'Hauriou (*cf. infra*, n°512 s.). Pour Vedel, l'Exécutif ne tire pas ses pouvoirs d'une quelconque *nécessité institutionnelle* – théorie qu'il juge *« scabreuse »* et ouvre *« tout simplement la voie aux pires justifications de la raison d'Etat »*[261] – mais de la Constitution formelle, dont il essaie d'asseoir, par la même occasion, la supériorité. Pour Vedel, l'autonomie du droit administratif, la revalorisation de la « puissance publique » et la supériorité de la Constitution formelle sont donc les trois faces d'un même polyèdre, que cherche à identifier l'auteur dans sa théorie des « bases constitutionnelles ». Ainsi, malgré ses résonances avec la pensée d'Hauriou, Vedel emprunte au positivisme de Carré de Malberg sa conception de la fonction administrative : *« administrer,* écrit Vedel, *c'est donc, dans un sens qu'on précisera plus loin « exécuter les lois » »*[262].

453. Les accents malbergiens sont effectivement très nets dans la théorie des « bases constitutionnelles » de Georges Vedel. Il ne s'en cache d'ailleurs pas. Pour rejeter le critère du « service public » – *« notion essentiellement matérielle »*[263] – Georges Vedel se

---

[257] v., MAGNON, X., « Commentaire sous « Les bases constitutionnelles de droit administratif » », *in :* MASTOR, W., BENETTI, J., EGEA, P., MAGNON, X., (dir.), *Les grands discours de la culture juridique,* Paris : Dalloz, 2017, 1500 pages, p.841 et s., spéc. p.858

[258] BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif,* Paris : PUF, 1995, 494 pages, spéc. p.459 s.

[259] MAGNON, X., *art. cit.,* p.855

[260] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.25-26

[261] *ibid.,* p.38

[262] *ibid.,* p.37 ; *« L'Administration se rapporte au pouvoir exécutif, à tout le pouvoir exécutif, au seul pouvoir exécutif. »* (p.40)

[263] *ibid.,* p.31

réapproprie les définitions organiques et formelles avancées par Carré de Malberg[264] ; comme lui, il considère que *« la notion-clé de notre droit public est sans aucun doute celle de* loi *»*[265], comme lui, il remarque que subsiste entre la loi et le règlement un *« véritable abîme »*[266], comme lui, il considère que *« la loi, expression de la volonté générale, est une manifestation de « puissance initiale » »* et que le règlement procède d'une *« compétence secondaire et dérivée »*[267], qui le rapproche des actes administratifs non réglementaires. Vedel écrit :

> « Il y a d'un côté les lois et de l'autre les actes administratifs, séparés par une différence radicale de régime juridique, et cette distinction se fait uniquement en prenant en considération les procédures et les organes, c'est-à-dire d'un point de vue formel. »[268]

La fidélité à Carré de Malberg est perceptible dans l'idée même de *« bases »* constitutionnelles, que le maître de Strasbourg emploie à de nombreuses reprises dans son œuvre, comme en témoigne l'entrée *« base constitutionnelle du pouvoir exécutif »* dans l'index de *La loi, expression de la volonté générale*[269], ouvrage paru en 1931. La volonté de rattacher l'action administrative à la Constitution conduit donc Georges Vedel à emprunter à la doctrine républicaine orthodoxe une partie de ses présupposés théoriques.

454. Ainsi, pour Vedel, comme pour Carré de Malberg, seule la « fonction d'exécution des lois » – reproduite à l'article 47 de la Constitution de 1946 – est susceptible de fonder l'existence, et d'identifier l'étendue, de l'administration ; *« il est remarquable,* écrit Vedel, *que le constituant n'ait défini la tâche administrative que par la mission d'exécution des lois confiée au Président du Conseil »*[270]. Mais, à la différence du maître de Strasbourg, Vedel assume pleinement de conférer à la « fonction d'exécution » une dimension *téléologique.*

ii) Les « deux objectifs » de la mission constitutionnelle d'exécution des lois

455. Vedel ne nie pas la dimension objective de la « fonction d'exécution des lois » ; comme Carré de Malberg, l'auteur de la théorie des *« bases constitutionnelles »* reconnaît

---

[264] *« Que le point de vue essentiel de notre droit constitutionnel soit le point de vue formel n'est plus à démontrer depuis Carré de Malberg »* (*ibid.,* p.27)
[265] *ibid.*
[266] *ibid.,* p.28
[267] *ibid.*
[268] *ibid.,* p.30
[269] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.226. *« Comment a-t-on pu prétendre que ce pouvoir fait du Gouvernement un second législateur, alors que la Constitution ne lui assigne comme base qu'une idée « d'exécution des lois » ? »* (*ibid.,* p.184).
[270] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.26

qu'elle est – avant tout – l'expression d'une subordination[271] : le règlement est le *produit* d'une activité *« secondaire et dérivée »*, séparée de la loi par un véritable *« abîme ».* (*cf. supra,* n°453). Pour autant, Vedel assume pleinement le caractère *finaliste* de la « fonction d'exécution des lois » reconnue à l'article 47 de la Constitution de 1946. Il y voit une véritable *« mission constitutionnelle »*[272], confiée au président du Conseil. Dès 1951-1952, dans ses *Cours de droit administratif,* il reconnaît que :

> « Exécuter la loi ce n'est pas se référer paragraphe par paragraphe à un texte législatif en vigueur et en prescrire l'exécution ; c'est une mission beaucoup plus générale de nature constitutionnelle consistant pour l'Exécutif à assumer dans le cadre des lois, l'essentiel des attributions de l'Etat et par conséquent au premier chef le maintien de l'ordre. »[273] (on souligne)

En 1954, analysant les arrêts *Heyriès* et *Labonne*[274-275] du Conseil d'Etat, rendus tous deux au visa de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (*cf. supra,* n°137 et s.), Vedel identifie les *« deux sortes d'objectifs »*[276] de cette « fonction d'exécution des lois » :

> « La mission d'exécution des lois comporte, outre la gestion continue des services publics, visée par l'arrêt *Heyriès*, le maintien de l'ordre par l'usage des pouvoirs de police, notamment sous la forme réglementaire. (…) »[277]
>
> « En investissant le Président de la République naguère, le Président du Conseil aujourd'hui de la mission d'exécution des lois, la constitution leur confère un titre général de compétence pour tout ce qui est nécessaire aux conditions de continuité de la vie nationale, c'est-à-dire pour tout ce qu'exigent le maintien de l'ordre et la marche des services publics.
>
> C'est que, en effet, l'exécution des lois ne consiste pas seulement dans l'exécution de *chaque loi*, mais dans le maintien de *l'ordre juridique tout entier* et de ce qui en est la condition nécessaire, c'est-à-dire la continuité de l'Etat et de la vie nationale. »[278] (on souligne)

Ainsi, Georges Vedel opère une relecture téléologique complète de la « fonction d'exécution des lois ». Exécuter la loi, c'est moins produire des actes subordonnés, qu'assurer la continuité de la vie nationale, c'est-à-dire faire vivre l'Etat. Ce faisant, Vedel réussit à renouer avec l'institutionnalisme d'Hauriou[279], sans rompre avec le positivisme de Carré de

---

[271] v. aussi, VEDEL, G., *Manuel élément de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.505

[272] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit*, p.26, p.37, p.38, p.39

[273] VEDEL, G., *Cours de droit administratif, 1951-1952,* Paris : Les cours de droit, 1952, 954 pages, spéc. p.29

[274] CE, 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. 651, *S.* 1922.3.49, note Hauriou. ; CE, 8 août 1919, *Labonne,* Rec. 737, *D.* 1921.3.23 ; *S.* 1924.3.46.

[275] La relecture vedélienne de ces deux arrêts procède d'une reconstruction doctrinale (*cf. infra,* n°498 s.)

[276] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.41

[277] *ibid.,* p.38

[278] *ibid.,* p.39

[279] En témoignent ses commentaires sous les arrêts *Winkell* et *Heyriès* (*cf. infra,* n°510 s.). : *« c'est le rôle du pouvoir exécutif de pourvoir aux exigences de la police et au salut de l'État par des mesures provisoires, jusqu'à*

Malberg. Ainsi réinterprétée, la « fonction d'exécution des lois » – empreinte de discrétionnalité – implique de larges prérogatives de puissance publique, notamment le pouvoir réglementaire (*cf. infra*, n°471 s.). L'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 sert de « base constitutionnelle » à l'ensemble de ces prérogatives discrétionnaires de l'Administration. Cette relecture finaliste permet à Vedel de justifier l'extension des pouvoirs de l'Exécutif au XXe siècle, sans céder à la théorie de la *nécessité* ; la Constitution formelle – non la « nature des choses » – sert de support au renforcement du pouvoir exécutif. Évidemment, la consistance du rapport de subordination (c'est-à-dire du caractère « exécutif » de l'acte d'administration) s'en trouve – chez Vedel, comme chez Carré de Malberg – considérablement modifiée (*cf. infra,* n°490 s.). En vérité, le positivisme de Carré de Malberg est employé par Vedel pour conférer un fondement juridique à l'institutionnalisme d'Hauriou. René Capitant opère une synthèse comparable.

b) René Capitant et le « pouvoir administratif »

456. René Capitant définit le *« pouvoir administratif »* comme la branche du pouvoir exécutif ayant pour fonction d'assurer « l'exécution des lois »[280], dont il opère, à son tour, une relecture finaliste. S'il reconnaît qu'il faut entendre « l'exécution des lois » *« dans un sens large »* (i), il refuse pourtant de rompre avec le positivisme malbergien (ii).

i) Entendre l'exécution des lois « dans un sens large »

457. Dès 1952-1953, dans ses *Principes du droit public,* René Capitant expose sa conception du pouvoir exécutif. Son objet – remarque-t-il – *« n'est pas d'exécuter la loi, mais plus précisément d'en assurer l'exécution »* [281]. Car, effectivement, en démocratie « l'exécution de la loi » incombe aux citoyens eux-mêmes[282] ; *« l'exécution n'est pas autre*

---

ce que les lois aient pu être faites. » (« Note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.173)

[280] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, Paris : les cours de droit, 1956, 354 pages, spéc. p.14 et s. ; CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.142-163, spéc. p.142

[281] CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953*, Paris : les cours de droit, 1952/53, 344 pages, réédité *in : Ecrits constitutionnels,* Paris : CNRS, 1982, 485 pages, spéc. p.211

[282] *ibid.,* p.211-212. Comme il l'écrira plus tard, *« exécuter la loi, ou plus exactement exécuter les obligations que comporte la loi, c'est en vérité le devoir des citoyens plus que celui de l'administration. Car ces obligations incombent normalement aux particuliers, à l'ensemble des hommes qui composent la nation. C'est à eux que s'adresse l'impératif du législateur ; c'est donc eux qui ont le devoir de l'exécuter, en se conformant à ses*

chose que l'obéissance à la loi »[283]. La fonction du pouvoir exécutif est plutôt de *« faire en sorte que les lois soient exécutées par les particuliers »*[284], c'est-à-dire *d'en assurer* l'exécution. Or, écrit René Capitant, *« ces mots doivent être entendus au sens large »*[285] :

> « il faut, en effet, que les lois soient obéies par ceux à qui elles s'adressent ; c'est à cette condition que les lois sont « positives », que l'Etat est une réalité. Cette obéissance de fait à la loi est encore ce que l'on nomme « ordre public » : l'ordre public est respecté lorsque la généralité des citoyens conforme son attitude aux prescriptions de la loi ; l'ordre public est troublé lorsqu'une fraction importante des citoyens agit en contradiction avec les impératifs légaux. D'où il ressort que « assurer l'exécution des lois » et « assurer l'ordre public » sont deux expressions synonymes ; l'une et l'autre définissent la fonction de l'administration, qui consiste à faire en sorte que les lois soient obéies, que la loi votée par le législateur ne reste pas une simple parole prononcée à la tribune du Parlement, mais passe dans la réalité sociologique et devienne le comportement de tout un peuple. »[286] (on souligne).

René Capitant ajoute :

> « Ainsi définie, la fonction administrative revêt toute son importance ; elle apparaît bien différente d'une simple application passive et mécanisme de la loi ; elle se révèle non seulement essentielle pour l'existence de l'Etat, mais exigeant encore pour être pleinement remplie le recours à des moyens d'actions nombreux et variés »[287].

458. René Capitant assume donc, comme Vedel, l'interprétation *finaliste* de la « fonction d'exécution des lois ». Les *buts* qu'il lui confère (assurer « l'ordre public », c'est-à-dire l'existence même de l'Etat) permettent de justifier les plus larges pouvoirs de l'Exécutif, notamment les extensions considérables du pouvoir réglementaire (*cf. infra*, n°493). Assurer l'exécution des lois, est donc une fonction essentiellement discrétionnaire – faite d'initiative et d'anticipation[288] – qui justifie un relâchement du rapport de légalité, c'est-à-dire un relâchement du rapport de subordination du règlement à la loi (*cf. infra*, n°471 s.). Quoi qu'il en soit, cette relecture de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 – et de l'article 47 de la Constitution de 1946 – permet à René Capitant de rattacher *l'imperium* de

---

prescriptions. » (CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *art. cit.,* p.143)

[283] CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953*, p.212

[284] CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *art. cit.,* p.143. *« Il est indispensable,* écrit-il en 1952, *que l'application de la loi soit organisée et sanctionnée par un pouvoir de contraindre ; c'est précisément la fonction du pouvoir exécutif. »* (CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953, op. cit.,* p.212)

[285] *ibid.*

[286] CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *art. cit.,* p.143

[287] *ibid.*

[288] L'expression est de Pierre Brunet, v. BRUNET, P., « Les normes législatives et administratives », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1,* Paris : Dalloz, 2011, 842 pages, p.491-528, spéc. p.499

l'Exécutif, c'est-à-dire son pouvoir de commandement et de contrainte, non à la « nature des choses », mais à la Constitution formelle[289]. Ce faisant, Capitant renoue avec le positivisme de Carré de Malberg.

ii) *« Hauriou avait tort » / « Carré de Malberg avait raison »*

459. Telle que la conçoit René Capitant, la fonction « d'assurer l'exécution des lois » – entendue comme fonction « d'ordre public », essentielle à l'existence de l'Etat – est plus proche de l'institutionnalisme d'Hauriou (*cf. infra*, n°512 s.), que du positivisme de Carré de Malberg. Et pourtant, écrit Capitant, en droit positif *« Hauriou avait tort (...) Carré de Malberg avait raison contre lui, et sa théorie demeure aussi bien la seule à rendre un compte exact de la constitution de 1946 »*[290]. En dépit de sa conception finaliste de l'exécution, René Capitant refuse de rompre avec l'héritage malbergien de l'exécution-objet. Sa fidélité au maître de Strasbourg – *« dont il avait été le disciple et l'ami »*[291] – est extrêmement nette ; *« il faut reprendre,* écrit Capitant, *l'analyse si lucide et si pénétrante de Carré de Malberg »*[292]. Les références à son défunt collègue sont nombreuses et élogieuses[293]

460. René Capitant – qui défendait dans les années 1930, la *« primauté du droit non écrit sur le droit écrit »*[294] (O. Beaud) – renoue après la Seconde guerre mondiale avec un positivisme juridique presque orthodoxe. Dans les années 1950, il se réapproprie les présupposés théoriques de Carré de Malberg, et refuse de fonder l'*imperium* de l'Exécutif en dehors de la Constitution écrite. Seule la fonction « d'exécution des lois » – reconnue à l'article 47 de la Constitution de 1946 – est susceptible de justifier l'existence du pouvoir réglementaire[295], y compris ses manifestations les plus modernes comme les décrets-lois. Capitant subsume ainsi l'ensemble de *l'imperium* de l'Exécutif sous la « fonction d'exécution

---

[289] CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953, op. cit.,* p.212-213

[290] *ibid.,* p.215

[291] DRAGO, R., « Nécrologie. René Capitant (1901-1970) », *Bulletin de la société de législation comparée*, juillet-septembre 1970, p.551

[292] *ibid.,* p.18

[293] A titre d'exemples, sans prétendre à l'exhaustivité : *« ces définitions (...) heurtent les conceptions dominantes de la doctrine sous la IIIe République, si l'on en excepte Carré de Malberg, toujours un peu isolé par la lucidité et la rigueur de ses analyses, qui lui interdisent de partager les préjugés ou les traditions de ses contemporains »* (*ibid.,* p.217) ; *« Carré de Malberg a eu le grand mérite sur eux de montrer que la condition infra legem était insuffisante »* (*ibid.,* p.220) ; *« le maître strasbourgeois »* (*ibid.,* p.221) ; *« Du moins Carré de Malberg a-t-il exactement analysé la nature juridique des décrets-lois »* (*ibid.,* p.224). Pour un éloge de Capitant à Carré de Malberg, v., « Discours prononcé par M. René Capitant sur l'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Annales de l'Université de Strasbourg 1936,* 1937, p.37-48

[294] BEAUD, O., « Découvrir un grand juriste : « le premier » René Capitant », *Droits,* 2002, n°1, p.163-194, spéc. p.185

[295] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : 1955-1956*, *op. cit.,* p.112

des lois ». Ce faisant, il renoue avec l'idéal de l'exécution-objet : le pouvoir exécutif, avant d'être un *pouvoir,* est *exécutif* ; il exprime une subordination à la loi, *« condition essentielle de la légitimité du pouvoir exécutif en régime démocratique. »*[296] Mais chez Capitant, comme chez Carré de Malberg et chez Vedel, cette subsomption s'opère au prix d'une reformulation substantielle de la consistance du rapport de légalité (*cf. infra,* n°471 s.).

461. L'apport de Carré de Malberg, Vedel et Capitant à l'émancipation du pouvoir réglementaire est donc essentiel. L'interprétation extensive – et finaliste – qu'ils proposent de la « mission d'exécution des lois » permet de rendre compte des manifestations modernes de *l'imperium* de l'Exécutif, sans rompre avec l'idéal républicain de la souveraineté parlementaire. Le conception objective de « l'exécution des lois » s'en trouve évidemment modifiée ; la subordination qu'elle exprime appelle à être requalifiée (*cf. infra,* n°471 s.). Quoi qu'il en soit – si la *fin* justifie les *moyens* – l'interprétation large et finaliste de la mission d'exécution des lois, permet de justifier l'extension des moyens d'y satisfaire.

B- UN POUVOIR IMPLICITE NECESSAIRE A LA MISSION D'EXECUTION DES LOIS

462. La théorie des « pouvoirs implicites » est classiquement employée pour justifier l'existence ou l'extension d'une norme d'habilitation[297]. Elle se développe aux Etats-Unis, au soutien de l'interprétation de l'article 8, Section 8 (18) de la Constitution de 1787 pour permettre l'augmentation des pouvoirs des organes fédéraux au détriment des pouvoirs des États[298]. En France, la théorie permet de justifier l'accroissement des pouvoirs de l'Exécutif au XXe siècle. Le pouvoir réglementaire fait figure de procédé *impliqué* – c'est-à-dire *implicitement nécessaire* – à la réalisation de la mission d'exécution des lois (2). Ce principe de « rationalité pratique » mérite d'être expliqué (1).

---

[296] CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953, op. cit.,* p.213

[297] v. TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.583 et s., spéc. p.591 et s. ; v. en droit belge, CEREXHE, G., *Les compétences implicites et leur application en droit belge,* Bruxelles : Bruylant, 1989, 485 pages ; en droit français, VENEZIA, J.-C., « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », *in : Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* tome 2, Paris : LGDJ, 1974, 858 pages, spéc. p. 795-809 ; MAUGER, F., *Les pouvoirs implicites en droit administratif,* Thèse, Paris 2, 2013, 336 pages ; v. en droit international, ROUYER-HAMERAY, B., *Les compétences implicites des organisations internationales,* Paris : LGDJ, 1962, 110 pages

[298] v. ZOLLER, E., *Les grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis, op. cit.,* p.29 et s. et p.219 et s.

1) Aspects de la théorie des « pouvoirs implicites »

463. La théorie des « pouvoirs implicites » – ou des « pouvoirs impliqués » – est fondée sur un *« principe de rationalité pratique réputé évident »*[299] (G. Tusseau) : *« un organe doit se voir reconnaître l'ensemble des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission »*[300] (J.-C. Venezia). Il s'agit d'un rapport de *« nécessité pratique »*[301] permettant de justifier des pouvoirs qui ne résultent pas immédiatement d'un texte écrit[302]. Un pouvoir implicite s'impose alors – non par référence à la « nature des choses »[303] – mais à travers *« l'invocation d'un rapport entre une fin et un moyen (...), parce que des acteurs visent un but, et parce qu'il constitue le moyen de l'atteindre »*[304]. La théorie des pouvoirs implicites repose ainsi sur l'idée qu'un *« jurislateur-habilitant rationnel »*[305] aurait, par avance, et *« implicitement voulu créer toutes les habilitations nécessaires à la satisfaction du but qu'il poursuivait en produisant la norme d'habilitation expresse »*[306]. Invoquer un pouvoir implicite permet alors de justifier une production normative considérée comme *impliquée* dans l'exercice de l'habilitation explicitement conférée à un acteur. *« Les compétences explicite et impliquée ne peuvent être reliées que par une notion tierce [qui] n'est autre que l'idée de nécessité pratique. »*[307]

464. Dans le silence des textes constitutionnels de 1875 et de 1946, la théorie des « pouvoirs implicites » est évidemment au cœur de la justification de l'existence, et de l'extension, du pouvoir réglementaire. Elle a le mérite d'en expliquer le fondement et le champ sans rompre avec le positivisme juridique. Le pouvoir réglementaire est considéré comme un moyen *implicitement nécessaire* à l'exercice de la mission d'exécution des lois, explicitement conférée à l'Exécutif par la Constitution. L'analyse historique confirme d'ailleurs la constance de cette relation *instrumentale* entre un moyen (faire des règlements) et une fin (l'exécution des lois), tous deux expressément formulés dans les constitutions du XIXe siècle : *« le gouvernement propose les lois, et fait les règlements nécessaires pour*

---

[299] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.599

[300] VENEZIA, J.-C., « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », *art. cit.,* p.795. Guillaume Tusseau la relate en ces termes : *« Si le droit confère certains pouvoirs à un acteur en vue d'un certain objectif, il semble naturel qu'il lui reconnaisse automatiquement tous les pouvoirs nécessaires en vue d'atteindre ce but de manière plus complète ou plus efficace »* (*Les normes d'habilitation, op. cit.*, p.601)

[301] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.561 et p.583 et s.

[302] *ibid.,* p.597

[303] Il s'agirait alors d'un rapport de *« nécessité aléthique »* (*ibid.,* p.561 et s.) (*cf. infra,* n°580 s.)

[304] *ibid.,* p.583-584

[305] *ibid.,* p.597

[306] *ibid.,* p.598

[307] *ibid.,* p.599

assurer leur exécution. » (Constitution de l'an VIII, article 44) (on souligne). Cette formule – reproduite dans les constitutions de 1814, 1830 et 1852[308] – met en évidence l'idée de « nécessité pratique » qui relie la poursuite d'une fin et les moyens d'y parvenir. Dans les constitutions de 1848, 1871, 1875 et 1946, seule la fin visée (l'exécution des lois) demeure expressément formulée, les moyens d'y parvenir disparaissent. La théorie des « pouvoirs implicites » permet de combler cette lacune : l'interprétation traditionnelle (*cf. supra,* section 1), couplée à l'interprétation finaliste de la « fonction d'exécution des lois » fait ainsi survivre l'idée de *nécessité pratique,* reliant une fin – constamment – *explicite*, et les moyens – désormais – *implicites* de l'atteindre. Le pouvoir réglementaire apparaît donc comme l'instrument nécessaire de la mission d'exécution des lois.

2) Justifier l'*imperium* de l'Exécutif sans rompre avec la Constitution formelle

465. Sous les troisième et quatrième Républiques, la théorie des « pouvoirs implicites » est employée par la doctrine positiviste (a) et la jurisprudence (b) pour justifier l'existence et l'extension du pouvoir réglementaire. A la faveur de l'idée qu'il existe une « mission d'exécution des lois » – largement entendue (*cf. supra,* n°442) – elle permet d'augmenter les prérogatives de l'Exécutif sans rompre avec les textes constitutionnels de 1875 et 1946, ni renoncer à la fiction de la subordination du règlement à la loi.

a) Une justification doctrinale du pouvoir réglementaire

466. Eriger le pouvoir réglementaire en « pouvoir implicite » nécessaire à la mission d'exécution des lois permet de justifier *l'imperium* de l'Exécutif, sans rompre avec la Constitution formelle – fût-elle silencieuse sur la question. Cette interprétation s'impose progressivement dans la doctrine positiviste. Dès 1902, Félix Moreau l'admet pour fonder l'existence du pouvoir réglementaire complémentaire :

> « Le règlement n'est pas moins nécessaire au chef de l'Etat. Chargé de surveiller et d'assurer l'exécution des lois, il éprouvera le besoin de rendre à son tour, précisément pour l'accomplissement de sa mission, des règles générales. Ne serait-ce pas rendre sa fonction difficile, impossible, que de lui refuser l'un des moyens les plus efficaces de l'exercer ? (…) [S]i l'Administration n'assurait l'exécution des lois que par des actes individuels, elle aurait devant elle une tâche

[308] Charte du 4 juin 1814, article 14 : *« Le roi (...) fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'Etat. »* ; Charte du 14 août 1830, article 13 : *« Le roi* (…) *fait les règlements et ordonnances nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes ni dispenser de leur exécution. »* ; Constitution du 14 janvier 1852, article 6 : *Le président de la République* (…) *fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois. »*

> gigantesque, inexécutable ; le règlement est une simplification, un procédé abrégé ; s'adressant à tous, il dispense de s'adresser à chacun et économise une multitude d'actes individuels. »[309] (on souligne)

Le procédé réglementaire est donc pensé comme l'instrument indispensable de la mission d'exécution des lois. Carré de Malberg l'admet, à son tour, sans difficulté : après avoir considéré que *« la fonction administrative implique nécessairement le pouvoir d'émettre des prescriptions obligatoires pour les administrés (...) »,* il reconnaît que *« la Constitution fonde implicitement le pouvoir réglementaire : l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 comprend, en effet, ce pouvoir dans la mission générale qu'a le chef de l'Exécutif « d'assurer l'exécution des lois. »»*[310]. La théorie des « pouvoirs implicites » – adossée à l'idée d'une rationalité pratique – irrigue le raisonnement de Carré de Malberg :

> « C'est, en effet, la Constitution elle-même, qui a, par avance, conféré à l'Exécutif les pouvoirs qui lui sont éventuellement nécessaires à l'effet de remplir les tâches ou d'accomplir les ordres qui lui seront imposés par les lois. (…) »[311]

> « [C]es attributions de compétence trouvent dans la Constitution dans la Constitution leur base de légitimité : par là même, en effet, que la Constitution a ramené la fonction réglementaire du Président de la République à une mission d'exécution des lois, elle a autorité par avance et en quelque sorte fait siennes toutes les habilitations que le législateur pourra conférer au Président par une loi lui prescrivant de faire un règlement. »[312] (on souligne)

467. La théorie des « pouvoirs implicites » est précieuse pour la doctrine positiviste du XXe siècle : elle fait de la Constitution la *« base de légitimité »* – le terme est de Carré de Malberg – du pouvoir réglementaire[313]. Plus précisément, elle permet de subsumer *l'imperium*

---

[309] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.160. Félix Moreau ajoute : *« si l'Administration n'assurait l'exécution des lois que par des actes individuels, elle aurait devant elle une tâche gigantesque, inexécutable ; le règlement est une simplification, un procédé abrégé ; s'adressant à tous, il dispense de s'adresser à chacun et économise une multitude d'actes individuels »* (*ibid.*)

[310] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, p.485, et p.637

[311] *ibid.,* p.595

[312] *ibid.,* p.600

[313] Ce raisonnement est largement partagé en doctrine. v., WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1936, 688 pages, spéc. p.291-292 : LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.1077 ; BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957,* Paris : les cours de droit, 1957, 603 pages, spéc. p.573-574 ; v. surtout les propos de Charles Eisenmann : *« « Assurer l'exécution des lois, cela peut comporter comme moyen, estime-t-on, l'édiction de règles destinées à compléter la réglementation législative, à en permettre la réalisation dans le concret. Voilà une hypothèse dans laquelle on a affaire à des pouvoirs définis d'une façon extrêmement large et indéterminée : la règle assigne, en somme un but à l'action gouvernementale, mais elle permet des actes aussi divers que l'édiction d'un règlement complémentaire, d'une part, ou simplement la mise à exécution directe, c'est-à-dire la traduction en décisions individuelles de règles législatives »* (EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 1, Paris : LGDJ, 1982, 786 pages, spéc. p.466) v. encore, du même auteur : *« il faut prendre garde que l'habilitation à faire une catégorie d'actes peut résulter d'une disposition qui ne les vise pas explicitement et spécialement, mais autorise une catégorie beaucoup plus large et moins déterminée, à laquelle on peut établir qu'il appartient. (le texte constitutionnel qui, depuis longtemps, charge le Gouvernement d'« assurer l'exécution des lois » en fournit un bon exemple : on y voit l'habilitation légale à édicter des*

de l'Exécutif sous la « mission d'exécution des lois »[314], sans rompre avec la fiction de la subordination du règlement à la loi. L'interprétation extensive de la mission d'exécution des lois justifie de cette manière – par le jeu des « pouvoirs implicites » – les plus larges extensions du pouvoir réglementaire. Un pareil raisonnement permet à Georges Vedel de faire de l'article 47 de la Constitution de 1946 la *« base constitutionnelle »* du pouvoir réglementaire, prérogative de puissance publique s'il en est[315]. Surtout, il lui permet de considérer que la mission d'exécution des lois implique un *« titre général de compétence pour tout ce qui est nécessaire aux conditions de continuité de la vie nationale, c'est-à-dire pour tout ce qu'exigent le maintien de l'ordre et la marche des services publics »* (on souligne). Parce que la tâche d'administration / mission d'exécution des lois comporte, pour Vedel, *« deux sortes d'objectifs »,* elle implique nécessairement *« deux sortes de moyens »* :

> « Le premier objectif est le maintien de l'ordre public (…). Les moyens au service de ce but sont les divers procédés de police et notamment sous la forme réglementaire.
>
> Le second objectif est le fonctionnement des services publics (…) ; pour atteindre ce but, l'Exécutif dispose de moyens variés : le pouvoir réglementaire appliqué à l'organisation des services, le pouvoir hiérarchique et disciplinaire etc. »[316]

Ce montage doctrinal permet à Georges Vedel de justifier toutes les manifestations de *l'imperium* de l'Exécutif, particulièrement l'exercice du pouvoir réglementaire autonome (en matière de police et « d'organisation des services publics »[317]) dont la doctrine classique orthodoxe peine habituellement à rendre compte (*cf. infra*, n°484 s.). Un raisonnement semblable permet à René Capitant d'aboutir à des conclusions identiques. Il reconnaît que la « fonction d'exécution des lois » – la fonction administrative – exige *« pour être pleinement remplie le recours à des moyens d'action nombreux et variés »*[318] ; ces moyens forment ce que Capitant qualifie de *« pouvoir administratif » :*

> « Le pouvoir administratif se distingue de la fonction administrative comme le moyen par rapport à la fin : la fonction administrative définit les fins de l'administration, alors que le pouvoir administratif est le pouvoir de prendre les actes juridiques par le moyen desquels ces fins seront atteintes. »[319]

---

règlements complémentaires des lois qui sont en effet un des instruments de la mission conférée.) » (EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.,* p.36)

[314] Eric Maulin n'avait pas manqué de le relever. (v., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* op. cit., p.310)

[315] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.38 et p.39

[316] *ibid.,* p.41

[317] A proprement parler, il s'agit d'un *pouvoir instructionnel* (*cf. infra,* n°982). Le pouvoir réglementaire touche, par définition, les tiers à l'Administration (*cf. supra,* introduction générale, n°10).

[318] CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *art. cit.,* p.143

[319] *ibid.,* p.144

Ainsi, le « pouvoir administratif », c'est *l'imperium* de l'Exécutif agissant dans sa mission d'exécution des lois. Elle implique, chez Capitant comme chez Vedel, une *« fonction de création du droit »,* qui s'exerce en *« acte juridique de commandement »*[320]. Elle justifie le pouvoir réglementaire de police et le pouvoir hiérarchique d'organisation des services publics[321] (*cf. infra*, n°489 s.). En définitive, dans le silence de la Constitution, la théorie des « pouvoirs implicites » est employée par la doctrine positiviste du XXe siècle pour justifier l'extension des prérogatives de l'Exécutif, sans trop rompre avec les idéaux du constitutionnalisme républicain et sans céder aux théories du droit naturel ou de la coutume constitutionnelle (*cf. infra*, n°568 s.). La « mission générale d'exécution des lois », interprétée comme mission de continuité de la vie nationale, sert de fondement constitutionnel formel à toutes les manifestations modernes du pouvoir réglementaire. La jurisprudence accompagne ce mouvement doctrinal.

b) Une justification jurisprudentielle du pouvoir réglementaire

468. Le Conseil d'Etat tire également d'une conception *finaliste* de la fonction d'exécution des lois, tous les pouvoirs implicites nécessaires à l'Exécutif pour remplir sa mission. Francine Batailler l'avait affirmé dès 1964, en s'appuyant sur l'étude des arrêts *Heyriès* et *Labonne,* tous deux rendus au visa de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 :

> « [l]e Conseil d'Etat déduit des termes de l'article 3 [de la loi constitutionnelle du 25 février 1875] toutes les conséquences qu'implique la mission constitutionnelle générale du Chef de l'Etat (…). Par une interprétation implicite et extensive de la Constitution – interprétation conditionnée par l'idée de « nécessité » – le juge a dégagé la théorie que l'on pourrait appeler des compétences implicites. Les pouvoirs reconnus à ces autorités ne sont pas formulés de façon expresse dans les textes, mais ils sont réguliers car commandés par les buts que poursuivent ces autorités. »[322]

Pour autant, cette conclusion était à prendre avec précaution, tant elle semblait relever de la reconstruction doctrinale. En effet, Francine Batailler est l'élève de Georges Vedel. Son entreprise doit s'analyser comme une tentative de vérification, voire de justification, de la théorie des « bases constitutionnelles du droit administratif », à laquelle elle souscrit

[320] CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953, op. cit.,* p.213
[321] *ibid.* ; v. aussi CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *art. cit.,* p.143
[322] BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.,* p.643

largement[323]. En vérité, les arrêts *Heyriès* et *Labonne* demeurent relativement isolés, et n'ont guère suscité l'attention de la doctrine à la date de leur parution (*cf. infra*, n°499 s.). Le visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 n'a d'ailleurs pas le sens extensif que lui donnent Georges Vedel et Francine Batailler. A tout le moins, il ne justifiait pas l'important pouvoir réglementaire *praeter legem* qu'ils reconnaissent à l'Exécutif dans la théorie des « bases constitutionnelles » (*cf. supra,* n°138 s.).

469. Les récents travaux d'Olivier Steck corroborent cependant la thèse de l'extension jurisprudentielle de la « mission d'exécution des lois » :

> « Les arrêts du Conseil d'Etat ont opté en faveur d'une conception plus large. L'exécution des lois se caractérise surtout par sa finalité, elle consiste à prendre toutes les mesures nécessaires afin que la volonté du Parlement soit observée. Elle ne se définit donc pas comme une relation de cause à effet entre la loi et le décret. L'application de la loi est, en vérité, une cause finale, elle spécifie le but en vue duquel le chef de l'Etat est habilité à exercer le pouvoir réglementaire conformément à la Constitution de 1875. Cette définition est suffisamment compréhensive pour englober les règlements pris dans le silence de la loi. (…) Il importe peu, en effet, que l'initiative présidentielle n'ait point été précédée d'un commandement législatif car les décrets de police ou les décrets d'organisation des services publics contribuent certainement à « faciliter l'application de la loi » au sens où le commissaire du gouvernement Corneille employait cette expression pour cerner la signification exacte des dispositions constitutionnelles. (…) La terminologie employée est intéressante, puisque le service public, la police et l'exécution des lois sont confondus dans un ensemble unique. (…)
>
> Les données fournies par le droit positif permettent ainsi de conclure à l'unité du pouvoir réglementaire. (…) Les deux ordres de juridiction ont surtout retenu le caractère indispensable des règlements autonomes pour assurer l'application des lois, c'est précisément dans l'idée de fonction exécutive que réside la cohérence du pouvoir réglementaire. Quels que soient leur détenteur, leur fondement et leur puissance, les règlements des autorités administratives ont essentiellement pour objet de faciliter l'application de la loi, en complétant les ordres du législateur, en organisant le bon fonctionnement des services publics, ou en préservant l'ordre public. »[324] (on souligne)

Cette thèse a le mérite de la *scientificité* ; c'est à partir d'une étude attentive et exhaustive de la jurisprudence administrative – et pas seulement d'une relecture des arrêts *Heyriès* et *Labonne* – que l'auteur démontre la conception fonctionnelle et finaliste de « l'exécution des lois » (qualifiée par lui de *« fonction exécutive »*[325]) retenue par le Conseil d'Etat pour rendre compte de certaines manifestations du pouvoir réglementaire de l'Exécutif sous la troisième

[323] En témoignent les références appuyées à l'article de Vedel tout au long de sa thèse, dès la page 2. (v. en particulier la section intitulée : *« La notion d'acte administratif : les bases constitutionnelles de l'acte administratif »* (BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.,* p.197 et s.)

[324] STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* p.513-514, p.517, p.518.

[325] Le terme est trompeur. En doctrine, il est presque unanimement admis le caractère introuvable ou réducteur de cette fonction. Pour une synthèse, v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.67 et s.

République. Progressivement cependant, la doctrine et la jurisprudence s'émancipent de la « fonction d'exécution des lois » pour justifier *l'imperium* de l'Exécutif (*cf. infra,* chapitre suivant). Ce découplage est d'ailleurs formellement réalisé par la Constitution du 4 octobre 1958 (*cf. infra*, n°1081).

470. Pour l'heure, la « fonction d'exécution des lois » demeure le fondement constitutionnel indépassable du pouvoir réglementaire. Pour cette raison, elle fait l'objet d'une réinterprétation *finaliste* par la doctrine positiviste et la jurisprudence. « L'exécution des lois » n'est plus simplement perçue comme l'expression de la subordination de l'administration à la loi, mais comme une véritable mission faite « d'initiative et d'anticipation » (P. Brunet). Elle permet – par le jeu des « pouvoirs implicites » – d'y subsumer l'ensemble des manifestations de l'*imperium* de l'Exécutif. La fonction « d'exécution des lois » est ainsi érigée en véritable entreprise discrétionnaire qui fonde les plus larges extensions du pouvoir réglementaire.

§2. La mission d'exécution des lois, entreprise discrétionnaire

471. Au XXe siècle, rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire implique de repenser la subordination du règlement à la loi. Pour la doctrine positiviste, l'enjeu est alors de construire un concept « d'exécution des lois » susceptible de justifier la *discrétionnalité*[326] – c'est-à-dire l'action libre – de la mission de l'Exécutif, sans renoncer à l'idéal de la souveraineté parlementaire. Ce faisant, Carré de Malberg est l'un des principaux artisans de l'émancipation du pouvoir réglementaire. En théorisant le « rapport d'habilitation », il rend possible une pensée *discrétionnaire* du pouvoir réglementaire (A). Ses successeurs, Vedel et Capitant, reformulent ses présupposés théoriques pour penser le pouvoir réglementaire autonome (B).

[326] v. PACTEAU, B., « Discrétionnarité », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.374 et s. Le terme « discrétionnalité » est employé par Charles Eisenmann (v. *Cours de droit administratif, op. cit.,* t.2, p.688). On le préfère au terme « dicrétionnarité » pour des raisons purement acoustiques. Les deux termes sont synonymes. Ils correspondent à « l'action libre », à la « marge de liberté », au « pouvoir de choisir » laissé à une autorité. Sur ce concept, v. *infra,* n°614 s., et n°769 s.

A- FONDER LA DISCRETIONNALITE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE : CARRE DE MALBERG ET LE RAPPORT D'HABILITATION

472. La pensée de Carré de Malberg est parfois rapprochée de celle de Kelsen[327]. C'est faire fi de l'idée que, chez l'un, l'Etat est avant tout un « système d'organes » là où, chez l'autre, il est essentiellement un « système de normes »[328] (*cf. infra,* n°823). Il n'en reste pas moins vrai qu'en théorisant le « rapport d'habilitation » le maître de Strasbourg pense la *dynamique* du droit (1). Il lui permet de rendre compte de la dimension discrétionnaire (donc créatrice) du pouvoir réglementaire, sans renoncer à sa dimension subordonnée (donc exécutive). Malgré l'élasticité ainsi reconnue à la relation de subordination du règlement à la loi, le constitutionnalisme malbergien n'autorise pas l'existence du pouvoir réglementaire autonome (2).

1) De « l'exécution-statique » à « l'exécution-dynamique »

473. Les termes « exécution-statique » / « exécution-dynamique » sont empruntés à la *Stufentheorie* viennoise[329]. Ils ne sont jamais employés par Carré de Malberg, mais rendent parfaitement compte de sa conception du rapport de légalité. Eric Maulin ne manque d'ailleurs pas de s'y référer[330]. Ils renvoient à deux modes de mise en relation – donc de validité – des normes. Dans un système statique, les normes sont reliées entre elles par leur contenu (la norme supérieure détermine *le fond* de la norme inférieure) ; dans un système dynamique, elles sont reliées par leur mode de production, c'est-à-dire par un rapport *d'habilitation* (la norme supérieure se limite à *autoriser* la norme inférieure (et détermine les conditions formelles de sa production), mais se désintéresse de son contenu)[331]. Ces deux modes de mise en relation de la loi et du règlement sont très précisément, et très tôt, perçus par Carré de Malberg qui distingue *« deux sortes d'exécutions »* (a), partant *« deux sortes de règlements »* (b). Là réside l'apport fondamental du maître de Strasbourg à l'émancipation du pouvoir réglementaire ; sa théorie du « rapport d'habilitation » permet de penser la discrétionnalité du règlement sans rompre avec la fiction de sa subordination à la loi.

---

[327] v. not., BURDEAU, G., « Raymond Carré de Malberg, son œuvre, sa doctrine », *RDP,* 1935, p.354-381, spéc. p.361

[328] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* p.167

[329] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1960, traduction française de C. Eisenmann, Paris : Dalloz, 1962, 496 pages, spéc. p.258

[330] Eric Maulin parle de *« subordination statique »* et de *« subordination dynamique »* (v., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg, op. cit.,* p.282

[331] *cf. infra,* n°618 s.

a) « Deux sortes d'exécutions » [332]

474. Carré de Malberg tire de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 l'idée que la puissance de l'Exécutif n'est qu'une puissance *ex lege*[333]. La loi est tout à la fois la *limite* et la *condition* de l'activité administrative[334] ; non seulement doit-elle se maintenir *intra legem* – et, plus encore, s'abstenir d'agir *contra legem* – mais surtout doit-elle s'exercer *secundum legem*, à la suite et en vertu d'un texte législatif (*cf. supra,* introduction générale, n°50 s.). Il en résulte que l'acte administratif (particulièrement l'acte réglementaire) ne peut ni *déroger* à la loi, ni surtout en concurrencer le caractère *initial*[335] : *« seul, en effet, le Parlement est investi, comme représentant de la volonté générale, de la puissance d'aborder, par une décision initiale, les questions que soulève la réglementation de cet objet. »*[336] (on souligne). La puissance de l'Exécutif n'est donc qu'une *« puissance dérivée »*[337] ; elle produit du *« droit au second degré »*[338]. Bref, comme le résume Carré de Malberg :

> « De quelque manière que la loi ait parlé, il faut toujours qu'elle ait parlé la première pour que l'autorité exécutive puisse agir : et c'est en cela que l'activité de cette autorité peut et doit être qualifiée d'exécution des lois. En ce sens, l'agent exécutif exécute toujours une règle antérieure. »[339]

475. En ce sens, « l'exécution des lois » est essentiellement – chez Carré de Malberg – l'expression d'une subordination (*cf. supra*, n°442 s.). Pour autant, le maître de Strasbourg (qui parachève l'écriture de sa *Contribution* pendant la Première guerre mondiale) n'ignore pas la place acquise par l'Exécutif dans la conduite journalière des affaires de l'Etat (*cf. infra,* n°598). Ces considérations l'amènent à reconnaître, et à penser, *« la faculté d'initiative »*[340] du Président de la République dans sa mission d'exécution des lois, c'est-à-dire la dimension *discrétionnaire* de son pouvoir. Carré de Malberg ne cesse de le répéter : *« Assurément, ce mot d'exécution ne doit pas être entendu dans un sens trop rigoureux »*[341]. « L'exécution » exprime toujours – et invariablement – la subordination des autorités administratives à la loi

---

[332] v. aussi, JOUANJAN, O., « La notion d'exécution dans la doctrine classique », *art. cit.,* p.343-360
[333] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.535, note 8
[334] *ibid.,* p.488 ; v. aussi, p.582, note 6
[335] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.336-337 ; p.497 ; p.682, note 32 ; CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.41 et s., p.54-55, 74 et s.
[336] CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* p.54
[337] *ibid.,* p.35
[338] *ibid.,* p.77
[339] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* p.109
[340] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.336
[341] *ibid.,* p.475 ; *ibid.,* p.580-581

(elle est synonyme *d'action légale*, qui s'exerce dans les limites et à la condition d'une loi), mais (et là réside l'intérêt de la théorie malbergienne) la consistance de cette subordination est sujette à des variations d'intensité :

> « En réalité, le mot exécution sert dans la langue française à exprimer deux idées sensiblement différentes. Il désigne d'abord l'opération qui consiste simplement à mettre à effet, par voie d'accomplissement positif, une décision qui se trouve déjà entièrement formée et arrêtée, ou un commandement qui s'est manifesté par des ordres précis et formels. L'agent d'exécution n'a ici qu'un rôle d'obéissance ponctuelle ou de réalisation matérielle ; il n'exerce qu'une activité toute subalterne ; il n'est qu'un instrument mis au service d'une volonté supérieure et fonctionnant docilement sous l'empire exclusif et absolu de cette volonté. Mais le mot exécution n'a pas toujours un sens aussi humble. Quand on dit d'un sculpteur qu'il exécute l'œuvre d'art qui a été demandée à son talent, ou d'un général qu'il exécute un plan de campagne, ou d'un Cabinet ministériel qu'il exécute le programme politique qui lui a été assigné par les votes parlementaires, il est manifeste que l'espèce d'exécution dont il s'agit ici, n'est plus de même nature que celle par laquelle un agent de la force publique exécute un jugement ou par laquelle un fonctionnaire administratif exécute un ordre de service. Sous un terme unique la langue française désigne donc deux activités ayant une portée bien différente. (…) Dans les deux cas, il est vrai, le mot exécution sert à indiquer que l'activité de l'exécuteur intervient à la suite et en vertu d'une impulsion ou d'un acte de volonté préalables et qu'elle peut par suite être conditionnée par des instructions qui la domineront en la liant ; à ce point de vue, la fonction exécutive présente toujours un certain caractère de subordination, et, en ce sens aussi, l'acte exécutif n'est jamais d'une façon absolue un acte primaire. Mais pour le surplus, il importe de relever entre les deux sortes d'exécutions un contraste qui, toutes proportions gardées, rappelle à quelques égards, l'opposition classique entre la capacité du fonctionnaire et la puissance du représentant. (…) Dans la sphère de l'Exécutif on retrouve, en effet, à côté des mesures d'exécution qui ne sont que la mise en œuvre de prescriptions émises par une volonté supérieure et qui n'impliquent chez leur auteur aucun pouvoir de véritable initiative personnelle, une seconde sorte d'exécution, qui consiste cette fois à prendre des initiatives et des déterminations, à édicter des prescriptions nouvelles, à engager et à diriger des opérations administratives, à entretenir toute une politique gouvernementale ; et dans ce second cas, il est incontestable que la décision primitive qui a mis en mouvement l'activité des autorités exécutives, a fait appel, non plus seulement à leur concours matériel ou à leur devoir d'obéissance, mais bien à leurs facultés d'appréciation éclairée, à leur inspiration et à leur esprit d'entreprise, à leur compétence professionnelle spéciale, à leur habileté politique. (…) Ce n'est donc nullement ravaler le Gouvernement, ni le rabaisser à un rang de servilité, que de qualifier sa fonction d'exécutive. Alors même que l'Exécutif reçoit d'une volonté plus haute que la sienne l'orientation à laquelle il doit se conformer ou l'indication des objectifs en vue desquels il aura à agir, alors aussi qu'il ne peut, pour atteindre les buts visés, user que des moyens mis à son service par l'autorité qui le domaine, alors enfin que son activité demeure soumis au contrôle de cette autorité prépondérante et ne peut se poursuivre que moyennant l'approbation ou la confiance qu'il doit sans cesse attendre d'elle, il n'en reste pas moins vrai que, dans la mesure où il est appelé à conduire par lui-même les affaires internes et externes de l'Etat, l'Exécutif apparaît comme prenant parmi les gouvernants une place des plus considérables ; et par suite, il semble que cette partie de sa fonction présente vraiment les caractères et mériterait de recevoir de le nom de fonction directoriale. Si cependant on persiste à la qualifier d'exécutive, c'est pour maintenir en principe

> et pour rappeler constamment, comme un point essentiel, que, si larges et si hautes que puissent devenir les compétences attribuées à l'Exécutif, il n'en est aucune qu'il soit maître de se conférer à lui-même : elles ne peuvent lui appartenir qu'en vertu de la volonté législative des assemblées parlementaires et elles gardent en cela le caractère des compétences exercées en exécution des lois. »[342] (on souligne)

Ces propos – qu'il fallait reproduire longuement – sont d'une importance capitale dans la pensée de Carré de Malberg et dans l'intelligence de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Ils mettent en évidence une dualité dans le rapport de subordination de l'administration à la loi, et permettent d'envisager la discrétionnalité du pouvoir réglementaire (*cf. infra*, n°478). La maître de Strasbourg refuse, en effet, de réduire l'Exécutif à un rôle *« d'exécution servile »*[343] qui contredirait la réalité observable au début des années 1920. Pour rendre compte de cette liberté d'appréciation laissée à l'Exécutif par les lois, Carré de Malberg distingue deux rapports hiérarchiques : un rapport de réalisation du *contenu* déterminé par une loi (qu'on qualifie d'« exécution-statique », ou *« exécution au sens le plus modeste du mot »*[344]) ; et un rapport d'utilisation de *l'autorisation* conférée par une loi, c'est-à-dire un rapport *d'habilitation* (qu'on qualifie « d'exécution-dynamique »). Dans cette dernière hypothèse, la détermination du *contenu* de la norme est laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'Exécutif, qui agit en vertu de l'autorisation législative. Ainsi :

> « [L'exécution des lois] désigne non seulement l'activité subalterne, consistant simplement à procurer la réalisation effective de prescriptions déjà formulées par les lois elles-mêmes, mais encore l'activité créatrice, qui consiste à déduire, en les développant par voie de mesures appropriées et librement choisies, les conséquences d'une volonté législative, qui ne s'est manifestée que par la détermination de la tâche à remplir ou des buts à atteindre. »[345]

Il en résulte que :

> « Ou bien donc les actes de l'autorité exécutive se bornent à faire entrer dans la voie des réalisations effectives les règles, mesures ou décisions, déjà adoptées par une loi, sans d'ailleurs y ajouter quoi que ce soit d'inédit qui dépasse le dispositif du texte législatif ; et c'est ici de l'exécution, au sens le plus modeste du mot. Ou bien il s'agit, pour l'Exécutif et pour son chef, d'innover, soit en créant du droit au-delà de celui consacré jusque-là par la législation, soit en édictant des mesures qui n'ont encore été adoptées par aucune loi ; mais alors, l'idée d'exécution implique, tout au moins, que les innovations de cette sorte devront prendre leur

---

[342] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.498-499, note 9

[343] *ibid.,* p.503

[344] CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* p.54

[345] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.651-652, note 8 ; v. encore, CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-6

fondement de validité dans une loi, qui ait habilité l'Exécutif à y procéder. »[346] (on souligne)

476. Cette distinction est fondamentale ; elle permet de subsumer sous la « fonction d'exécution des lois » la majorité des manifestations modernes du pouvoir réglementaire. Dans sa dimension « statique », l'exécution implique – pour reprendre un vocabulaire employé plus tard par Charles Eisenmann[347] – de se conformer au *fond* de la norme posée par la loi parlementaire. L'Exécutif ne détermine pas le contenu de la norme à adopter. Dans sa dimension « dynamique », l'exécution implique seulement d'agir en vertu d'une *autorisation* législative ; dans cette hypothèse, l'Exécutif dispose d'une liberté – totale ou partielle – dans la détermination du contenu de la norme à adopter ; seule son action suppose d'être autorisée, permise ou prescrite, par la loi (ce que plus tard, Eisenmann appellera la légalité de *« l'opération normatrice »*[348]). Ainsi, ce rapport « d'habilitation » permet de penser la dimension *créatrice* de l'activité administrative ; Carré de Malberg le théorise, au début des années 1920, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* pour rendre compte des relations entre la loi et le « règlement d'administration publique » (RAP), souvent chargé par celle-ci de réguler une matière non encore légiférée, ou d'édicter des taxes et des peines non déterminées par la législation elle-même[349]. Cette théorie du rapport « d'habilitation » est perfectionnée au début des années 1930, dans la *Loi, expression de la volonté générale,* au soutien de la thèse de la constitutionnalité des « décrets-lois » (*cf. infra*, n°669 s.) ; elle permet à Carré de Malberg – et, derrière lui, à l'immense majorité de la doctrine positiviste – d'admettre la régularité des extensions du pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme des lois républicaines de 1875. Elle est donc fondamentale à l'intelligence de l'émancipation du pouvoir réglementaire.

477. Car, effectivement, la distinction entre deux intensités variables d'exécution des lois permet à Carré de Malberg de reformuler le rapport de subordination de l'acte administratif à la loi, sans rompre avec la fiction du caractère *« secondaire et dérivé »* de l'activité administrative. Le droit créé en vertu d'une habilitation législative, même s'il régule nouvellement une matière dont la loi n'a jamais déterminé le contenu, n'en demeure pas moins du droit « secondaire et dérivé » ; il *dérive* de l'habilitation législative. Ce faisant, il *exécute* la loi d'habilitation. En mettant en évidence cette dimension « dynamique » de l'exécution des lois, Carré de Malberg rompt – et dépasse – la doctrine orthodoxe

[346] CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* p.33
[347] EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.,* p.33 et s.
[348] *ibid.*
[349] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.637 et s.

constitutionnelle classique, cantonnée à une approche purement « statique » du concept ; ainsi, par exemple, Ferdinand Larnaude contestait le fait qu'une loi du 17 avril 1906 (art. 38) eût pu charger l'Exécutif de fixer par RAP les garanties spéciales de capacité professionnelle pour les candidats aux fonctions judiciaires et d'instituer pour les magistrats un tableau d'avance : *« [la loi en question],* écrit le doyen Larnaude, *ne dit rien, ne prescrit rien qu'il faille exécuter : on n'exécute pas le néant. »*[350] Carré de Malberg réfute cette interprétation restrictive de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. A ses yeux, *« exécuter la loi, c'est non seulement mettre en œuvre les principes qu'elle a pu énoncer sur une matière qui se trouve déjà ainsi légiférée* [nda : conception « statique »], *mais c'est encore obéir aux injonctions que la loi peut avoir adressées à l'autorité exécutive* [nda : conception « dynamique »]. *»*[351] Dans les deux situations, l'autorité administrative agit dans les limites et à la condition d'une loi. User d'une habilitation légale, c'est encore exécuter la loi. Mais ce que l'administrateur exécute – résume Carré de Malberg – *« c'est tantôt une règle qui l'enchaîne, et son activité est alors toute de soumission, tantôt une règle qui l'habilite à de libres facultés, et cette fois ses actes ne sont plus soumis (...) qu'à la condition de ne pas sortir des limites qui leur sont tracées par la loi d'habilitation. »*[352] De ces « deux sortes d'exécution » découlent *« deux sortes de règlements »*[353].

b) « Deux sortes de règlements »

478. Carré de Malberg annonce d'emblée sa thèse : *« les règlements sont tous exécutifs, mais ils ne le sont pas tous de la même façon. »*[354] Cette dualité des manifestations du pouvoir réglementaire est la conséquence directe de la conception duale de « l'exécution des lois »[355]. Certes, tous les règlements sont invariablement « exécutifs » (car, tous sont le produit d'une activité « secondaire et dérivée ») mais ils se distinguent dans leur rapport de subordination à la loi :

> « Les uns ne font qu'assurer la mise en œuvre détaillée et le fonctionnement technique des prescriptions législatives en vigueur : c'est ici de l'exécution au sens le plus modeste. D'autres impliquent chez l'autorité qui est appelée à les édicter, un pouvoir plus ou moins large de libre disposition : le mot

[350] cité par CARRE DE MALBERG, R., *ibid.,* p.582, note 7
[351] *ibid.,* p.583, note 7
[352] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* p.109-110
[353] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.637
[354] *ibid.,* p.652, note 8
[355] Carré de Malberg l'admet lui-même (*ibid.,* p.651, note 8)

> d'exécution ici veut surtout marquer la dépendance spéciale, dans laquelle se trouve placé le règlement vis-à-vis de la loi. Les règlements de cette seconde sorte sont exécutifs, en ceci qu'ils ne peuvent intervenir qu'à la condition d'avoir été provoqués et suscités par une loi : en ce sens, ils se déduisent de la loi, mais par ailleurs ils peuvent avoir une portée novatrice considérable. »[356]

Les règlements de la première espèce sont qualifiés par Carré de Malberg de règlements faits *« pour l'exécution des lois »* (i), ceux de la seconde espèce, de règlements faits *« en exécution des lois »*[357] (ii). (on souligne) De cette distinction, le maître de Strasbourg tire des conséquences, tant sur la portée du pouvoir réglementaire que sur ses conditions d'exercice.

i) Les règlements faits « pour l'exécution des lois » : spontanés mais complémentaires

479. Dans la typologie de Carré de Malberg, les règlements faits « pour l'exécution » des lois sont le produit d'une exécution « statique » ; ils sont des *« prescriptions complémentaires, destinées à procurer l'application de dispositions déjà consacrées par les lois, et qui ne sont que le développement de ces dispositions, auxquelles elles n'ajoutent rien d'entièrement nouveau »*[358]. (on souligne) Ils sont des actes *« purement additionnels »*[359], régis par un rapport de complémentarité (*cf. infra,* partie 2, titre 1, chapitre 2). Quant à leur portée, donc ces règlements interviennent dans un champ d'application identique à celui de la loi qu'ils exécutent. Ils en complètent ou en précisent les dispositions. Ils sont donc destinés à réguler, dans le détail, des objets ou matières *déjà légiférés* par le Parlement. Pour Carré de Malberg, c'est là une *« activité foncièrement exécutive »*[360], dont le Président de la République dispose librement sur le fondement de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Il peut faire *spontanément* les règlements de cette première espèce[361], c'est-à-dire sans autorisation, permission ou prescription législatives préalables. A la condition qu'une loi détermine elle-même le contenu d'une obligation légale, le pouvoir réglementaire complémentaire s'exerce ici spontanément.

---

[356] *ibid*, p.652, note 8
[357] *ibid.,* p.651
[358] *ibid.,* p.637
[359] *ibid.,* p.649
[360] *ibid.,* p.651
[361] *ibid.,* p.649

ii) Les règlements faits « en exécution des lois » : non complémentaires mais non spontanés

480. Dans la typologie de Carré de Malberg, les règlements faits « en exécution » des lois sont le produit d'une exécution « dynamique » ; leur objet est *« d'édicter des règles sur des matières que le législateur n'a pas traitées, ou encore d'ajouter aux règles consacrées par les lois en vigueur quelque prescription nouvelle qui ne se borne point à assurer l'application des principes posés par le législateur lui-même. »*[362] (on souligne). Ils outrepassent donc le champ de la complémentarité des lois (*cf. infra,* n°780 s.) Quant à leur portée, en effet, ces règlements sont destinés à réguler des matières *non déjà légiférées,* ou à introduire des *principes nouveaux* (c'est-à-dire des obligations nouvelles) dans le droit déjà en vigueur[363]. Ils déterminent essentiellement eux-mêmes le contenu de la règle qu'ils posent. En un mot, ils innovent par rapport à la loi. Au plan matériel, ils sont le produit d'une véritable fonction primaire de législation. Ces raisons expliquent que l'Exécutif ne puisse jamais les édicter de son propre mouvement. *« Le Président,* écrit Carré de Malberg, *ne saurait de sa seule puissance prendre une telle initiative, car il sortirait ainsi de sa fonction de simple exécution. »*[364] Ces règlements de la seconde espèce doivent donc intervenir sur le fondement d'une loi qui les autorisent ; une loi d'habilitation. Cette dernière n'est jamais le fondement du pouvoir réglementaire (*cf. supra,* n°122) ; elle n'est que « l'acte-condition » qui ouvre la compétence du Président de la République à un *« objet nouveau »*[365]. L'Exécutif tient toujours son pouvoir réglementaire de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, qui s'exerce – en cette hypothèse – à la condition d'avoir été *« mis en mouvement »*[366] (c'est-à-dire « autorisé ») par une loi d'habilitation. Celle-ci détermine simplement le champ d'application d'un pouvoir que le Président de la République détient en vertu de la Constitution. Il n'y a donc, en la matière, aucune « délégation de pouvoir » (*cf. infra,* n°626 s.). Il en résulte que les règlements faits « en exécution » des lois demeurent des actes exécutifs : *« même lorsque l'Exécutif prend, en vertu d'une habilitation législative, des initiatives d'une portée considérable, il ne fait pas acte de puissance initiale, mais seulement de puissance dérivée, prenant sa source dans une prescription législative. »*[367] Ces règlements

---

[362] *ibid.,* p.647

[363] *« Ces décrets réglementaires portent sur des matières non légiférées ou introduisent dans le droit en vigueur des principes complètements nouveaux. »* (*ibid.,* p.637)

[364] *ibid.,* p.647

[365] *ibid.,* p.594

[366] *Ibid.,* p.605, note 23

[367] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.35

n'exécutent donc pas le *contenu* d'une loi mais exécutent *l'autorisation* qu'elle leur donne de créer eux-mêmes ce contenu. Bref, ils exécutent la loi d'habilitation.

481. Ces règlements de la seconde espèce – faits « en exécution » des lois – sont d'une importance considérable dans le processus d'émancipation du pouvoir réglementaire. En les théorisant, Carré de Malberg parvient à rendre compte, sans rompre avec le positivisme juridique, de toutes les extensions du pouvoir réglementaire réalisées au XXe siècle. Les RAP, les règlements coloniaux et les décrets-lois seront progressivement – et tour à tour – subsumés sous cette catégorie de règlement faits « en exécution » des lois. Autorisés par les lois d'habilitation, ils créent des prescriptions nouvelles, s'emparent de matières jamais légiférées, voire abrogent la législation en vigueur, sans renoncer à leur caractère « exécutif ». Ils permettent de maintenir la fiction de la subordination du règlement à la loi, nonobstant la considérable extension du champ du pouvoir réglementaire (*cf. supra,* n°127 s.). Ils sont d'une importance capitale pour penser l'émancipation du pouvoir réglementaire dans le constitutionnalisme républicain, car ils permettent d'envisager l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif sans rompre avec le mythe de la souveraineté parlementaire. Carré de Malberg synthétise cette idée de la façon suivante : *« si le règlement ne peut rien sans une habilitation législative, il peut tout faire moyennant cette habilitation »*[368]*,* c'est-à-dire *« tout ce qu'aurait pu faire la loi elle-même »*[369].

482. La théorie du maître de Strasbourg fait florès au XXe siècle. Elle est reprise à son compte, et perfectionnée, par Charles Eisenmann qui reformule le principe de légalité sur la base des distinctions esquissées par Carré de Malberg[370] (*cf. infra,*n°848 s.). Elle est réceptionnée par la quasi-unanimité de la doctrine positiviste pour justifier la constitutionnalité des décrets-lois dans les années 1930 et sous la IVe République (*cf. infra,* n°667 s.). Surtout, elle permet d'expliquer le caractère « administratif » reconnu par la jurisprudence du Conseil d'Etat aux RAP, règlements coloniaux et décrets-lois (et plus tard

---

[368] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit*., p.585

[369] *ibid.,* p.625. Cette situation n'échappe pas à Harvey Mansfield. Il y voit l'une des raisons de « l'ambivalence » de l'Exécutif qui – *« puisant sa force dans la force d'un autre »* – se trouve tout à la fois subalterne et indépendant. (MANSFIELD, H., *Le prince apprivoisé, op. cit.,* p.38 et p.46)

[370] Charles Eisenmann retient trois façons d'appliquer la loi, qui correspondent à trois formulations du principe de légalité (*cf. infra,* n°848 s.) : soit la norme administrative est *« l'application »* de la règle législative, soit elle est édictée *« pour l'application »* de la règle législative, soit enfin elle est édictée *« en application »* de la règle législative. (EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 1, *op. cit.,* p.467) Ces « trois sortes d'application » se réduisent, en réalité, à l'alternative suivante : l'administrateur doit-il se conformer à la substance de la règle législative ou peut-il se contenter d'agir légalement ? On retrouve ici la distinction malbergienne et kelsénienne entre « l'exécution statique » et « l'exécution dynamique » ; sous la plume d'Eisenmann, elle correspond à la différence entre la légalité de la *« norme édictée »,* qui intéresse le fond des actes, et la légalité de *« l'opération d'édiction »,* qui intéresse le fait d'agir. (*ibid.,* p.468 ; v. aussi EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.*)

aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution de 1958) ; règlements faits « en exécution » des lois, ceux-ci demeurent *formellement* le produit de fonctions secondaires de législation.

483. Pour Carré de Malberg, l'alternative est donc la suivante : soit le règlement complète la loi, et il peut intervenir spontanément (règlements faits « pour l'exécution ») ; soit le règlement innove, et il nécessite alors une habilitation législative (règlements faits « en exécution »). Aussi compréhensive que soit cette distinction, elle n'autorise pas l'édiction spontanée de règlements non complémentaires, c'est-à-dire de règlements autonomes.

2) Le pouvoir réglementaire autonome, impensé du constitutionnalisme malbergien

484. Le pouvoir réglementaire autonome n'a pas pour spécificité d'être autonome de la loi dans son fondement [371], mais dans son champ d'application. La doctrine s'entend classiquement sur sa définition : il est le pouvoir d'édicter *spontanément*[372] (hors de toute habilitation législative) des règlements en matière *non déjà légiférée*[373] (*cf. infra,* n° 645 s.). Cette définition duale n'inclut pas le pouvoir d'agir *contra legem.* Le « règlement autonome » demeure *limité* par la loi en vigueur, mais n'est pas *conditionné* par elle. En résumé, il est affranchi de la condition *secundum legem*[374].

485. Ces considérations expliquent pourquoi le « règlement autonome » est un impensé – ou plutôt un « impossible » – du constitutionnalisme malbergien. En effet, pour Carré de Malberg, le règlement *« présuppose toujours une loi »*[375] à exécuter, soit d'un point de vue statique (compléter le contenu d'une loi), soit d'un point de vue dynamique (agir en vertu d'une habilitation légale) (*cf. supra*, n°473 s.). La condition *secundum legem* implique donc, non seulement une dimension hiérarchique, mais surtout une dimension chronologique : *« Le règlement, étant exécutif, ne peut prendre naissance qu'à la suite de la loi : il est*

---

[371] Le pouvoir réglementaire, fût-il complémentaire, est toujours autonome de la loi. Le fondement du pouvoir réglementaire est la Constitution (*cf. supra,* n°122 s.).

[372] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2eéd., *op. cit.,* p.714 ; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.652 ; PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* p.517 ; LAUBADERE, A. (de), *Traité élémentaire de droit administratif*, 1ère éd., *op. cit.,* p.198 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.43

[373] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.216 ; DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2eéd., *op. cit.,* p.714 ; BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* p.772 ; DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit.,* p.513

[374] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.43

[375] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.651, v. aussi p.587 ; v. encore, CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.35, p.57-58, p.93 : *« les créations, même les plus originales, de l'Exécutif, présupposent une prescription édictée par une loi, au moins sous forme d'habilitation (…). »* (p.35)

chronologiquement postérieur, non seulement à l'acte législatif, mais à la promulgation même de cet acte. » [376] (on souligne) Là réside le caractère constitutionnellement « secondaire et dérivé » du pouvoir réglementaire, à la fois hiérarchiquement et temporellement.

486. Or, par définition, le règlement autonome échappe à ce double conditionnement législatif ; d'une part, il n'est ni un règlement fait « pour l'exécution » des lois (car il innove sur le fond), ni un règlement fait « en l'exécution » des lois (car il intervient spontanément), d'autre part, et par conséquent, il porte atteinte à la condition de postériorité chronologique. Pour Carré de Malberg, le pouvoir réglementaire autonome est donc contraire aux principes du droit public français de 1875[377]. Son existence est rendue impossible par la Constitution elle-même, qui impose aux autorités administratives de n'agir *« qu'en exécution de décisions préalables »*[378] de la loi. (on souligne).

487. Carré de Malberg réfute donc méthodiquement toutes les théories du pouvoir réglementaire autonome. Aussi lâche que soit le rapport de subordination du règlement à la loi, « l'exécution des lois » demeure l'horizon indépassable de la législation gouvernementale. La Constitution ne confère aucun fondement – et donc, aucun champ – à la puissance du Président de la République d'agir spontanément, par voie réglementaire, en matière non déjà légiférée. *« L'*imperium *de l'Exécutif,* écrit le maître de Strasbourg, *n'est lui-même qu'une compétence légale qui ne peut s'exercer qu'en vertu de la loi. »*[379] (*cf. supra,* introduction générale, n°54). Carré de Malberg rejette donc hors du droit les manifestations du pouvoir réglementaire autonome ; à ses yeux, elles sont des violations de la Constitution – dont le juge se rend coupable – et que les Chambres tolèrent sous l'empire des nécessités[380].

- il en est ainsi, en premier lieu, des règlements autonomes de police[381]. En cette matière – pas plus qu'ailleurs – le chef de l'Etat ne dispose de « pouvoirs propres » de réglementation *praeter constitutionem.* Dans ces conditions, comment rendre compte de l'arrêt *Labonne* du 8 août 1919, par lequel le Conseil d'Etat aboutit précisément à cette conclusion ? Bien qu'il ne

---

[376] *ibid.,* p.576, note 3.
[377] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.494 et s. ; et p.652 et s. ; p.657 et s.
[378] *ibid.,* p.587
[379] *ibid.,* p.535, note 8
[380] *ibid.,* p.681 et p.683, note 32
[381] *« Il ne faut pas hésiter à dire que les règlements présidentiels de police, lorsqu'ils sont faits spontanément, c'est-à-dire lorsqu'ils n'interviennent pas en exécution d'une loi qui les autorise, sont dénués de valeur et contraires à la Constitution. »* (*ibid.,* p.657)

mentionne jamais cette jurisprudence[382], Carré de Malberg n'hésite pas à considérer qu'en la matière le cadre de la Constitution a été *« forcé »*[383]. En 1931, il écrit d'ailleurs :

> « On peut s'étonner que la jurisprudence ait prétendu maintenir la validité de règlements de cette sorte [nda : autonomes de police] à l'encontre des pourvois formés par les intéressés. Peut-être s'est-elle laissée impressionner par des considérations d'ordre utilitaire : il se peut, en effet, que le principe de la Constitution qui n'admet que des règlements exécutant une loi, ne satisfasse pas toujours aux besoins de la pratique. »[384] (on souligne).

Ceci étant, Carré de Malberg reconnaît que la matière de police demeure le terrain privilégié de la *« gradation des pouvoirs »*[385] (le terme est de lui) autorisant le plus large pouvoir réglementaire de l'Exécutif.

- il en est ainsi, en deuxième lieu, des règlements autonomes d'organisation et de fonctionnement des services publics, applicables aux tiers à l'Administration[386]. Carré de Malberg prend soin de le distinguer du *« pouvoir instructionnel »* [387]. Ce dernier ne pose aucune difficulté constitutionnelle ; il n'est pas la manifestation d'un pouvoir réglementaire, mais d'un pouvoir hiérarchique[388]. *« Que, dans l'intérieur du service, les autorités dirigeantes puissent, en vertu de leur supériorité hiérarchique, édicter de telles prescriptions, cela va de soi : car, elles ne font ainsi que pourvoir à l'accomplissement même du service et s'acquitter de la charge qu'elles tiennent des lois qui les ont instituées. »*[389] Il s'agit d'un pouvoir de réglementation *ad intra* dont l'habilitation résulte de la création du service par la loi. Ne touchant pas les tiers à l'Administration, il ne s'apparente en rien à l'exercice d'un pouvoir réglementaire (*cf. supra,* introduction générale, n°10). Carré de Malberg réfute en revanche catégoriquement l'idée qu'existeraient – en certaines matières « administratives par nature » – des « pouvoirs propres » conférant au Président de la République, placé à la tête de l'Administration française, le droit d'édicter spontanément et dans le silence des lois, des règlements de création, d'organisation ou de fonctionnement des services publics[390]. Ce

---

[382] L'arrêt *Labonne* passe relativement inaperçu en 1919. Il est popularisé par le commentaire de Léon Duguit, en 1924 (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2eéd., *op. cit.,* p.736-737) Par ailleurs, la *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* parue en 1920, est essentiellement écrite avant 1919.

[383] *ibid.*

[384] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.61

[385] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.502 et s.

[386] *« [La Constitution] exclut, même en matière de réglementation des services publics, la possibilité de décrets autonomes, qui reposeraient uniquement sur la puissance du Président, c'est-à-dire qui seraient édictés par lui en dehors d'une habilitation législative. »* (*ibid.,* p.658)

[387] *ibid.,* p.670

[388] Sur ces distinctions, v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.218 et s.

[389] *ibid.,* p.671

[390] *ibid.,* p.658 et s.

faisant, le maître de Strasbourg, rejette fermement la solution de l'arrêt *Babin*, rendu par le Conseil d'Etat, le 4 mai 1906[391], et particulièrement les conclusions conformes de son commissaire du gouvernement Jean Romieu (*cf. infra,* n°981 s.). Carré de Malberg y voit une solution *« arbitraire »*[392], dépourvue de base juridique positive. Mais, là encore, il admet que *« dans la plupart des cas, le décret qui consacre des mesures d'ordre administratif, pourra prétendre se rattacher aux lois existantes, en ce sens qu'il ne fait que poser des règles de service pour l'exécution de celle-ci. »*[393]

- il en est ainsi, en troisième lieu, des « règlements de nécessité » édictés par le Président de la République sous la Première guerre mondiale (*cf. supra,* n°136 s.). Carré de Malberg admet sans difficulté leur utilité politique – donc leur *« excusabilité pratique »*[394] – pour les besoins de la défense nationale. Mais il leur dénie tout caractère juridique. Il les relègue hors du droit. Ainsi, à ses yeux, la solution de l'arrêt du Conseil d'Etat, *Verrier*, du 30 juillet 1915, n'a *« point de base dans la Constitution »*[395]. Nul doute que l'arrêt *Heyriès* – de semblable portée – eût fait l'objet d'une semblable critique. Il n'est pourtant jamais mentionné dans l'œuvre de Carré de Malberg[396]. Ainsi, pour le professeur strasbourgeois, entre 1914 et 1918, *« bon nombre de décrets réglementaires se sont trouvés dénués de validité, parce qu'ils ne s'appuyaient à aucune habilitation législative. »*[397]

488. Aussi élastique que soit sa conception de l'exécution, Carré de Malberg n'admet pas l'existence du pouvoir réglementaire autonome. En la matière, il reconnaît volontiers le caractère *« trop étroit sans doute »*[398] de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Mais, refusant de céder aux théories de la « nécessité » ou de la « coutume constitutionnelle »[399] (*cf. infra,* n°568 s.) pour expliquer les règlements autonomes, dont le

---

[391] CE, 4 mai 1906, *Babin,* Rec. 362, concl. Romieu ; *S.* 1908.III.110, concl. Romieu ; *D.* 1908.III.7, concl. Romieu ; *RDP* 1906.678, note Jèze

[392] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.663

[393] *ibid.,* p.674

[394] *ibid.,* p.688, note 33 ; *« Au point de vue politique, il n'est, en effet, pas contestable que les exigences de la défense nationale ne doivent, en raison de leur gravité, l'emporter, dans bien des cas, sur les considérations formelles de stricte légalité. »* (*ibid.,* p.684, note 33)

[395] *ibid.,* p.684, note 33

[396] On rappelle que l'arrêt *Heyriès* passe relativement inaperçu en 1918. (*cf. infra,* n°499 s.). Il n'est alors qu'un arrêt d'application de la jurisprudence *Verrier* du 30 juillet 1915. Il faut attendre la note de Maurice Hauriou de 1922 pour le réhabiliter.

[397] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.684, note 33

[398] *ibid.,* p.657

[399] *ibid.,* p.683 ; v. aussi, CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.88 s.

nombre *« s'accroît sans cesse »*[400], Carré de Malberg est contraint de leur dénier toute valeur juridique ; ils sont de *purs faits*, tolérés par les Chambres. Sous la IVe République, Vedel et Capitant chercheront justement à fonder ce pouvoir réglementaire autonome sans renoncer au positivisme juridique, c'est-à-dire sans rompre avec l'idée l'exécution des lois.

B- FONDER LE POUVOIR REGLEMENTAIRE AUTONOME SANS ROMPRE AVEC L'EXECUTION DES LOIS

489. Malgré sa conception très lâche de l'exécution des lois, Carré de Malberg ne parvient pas à rendre compte juridiquement du pouvoir réglementaire autonome. Les « règlements de nécessité », les règlements autonomes de police et d'organisation des services publics sont perçus comme des violations constitutionnelles, et – même s'il en admet l'utilité – sont relégués « hors du droit ». Sous la IVe République, Georges Vedel et René Capitant cherchent précisément à rapatrier ce type de règlements dans le domaine de la validité juridique. Au-delà de Carré de Malberg, ils requalifient le rapport de subordination du règlement à la loi. L'idée *« d'exécution synthétique des lois »* permet de justifier les règlements *praeter legem,* voire *contra legem* (1). Ce faisant, ils expliquent par le droit, et sans rompre avec « l'exécution des lois » les jurisprudences *Babin, Heyriès* et *Labonne*, dont ils opèrent une relecture (et une réhabilitation) positiviste (2).

1) Georges Vedel, René Capitant et l'exécution « synthétique » des lois

490. Au milieu du XXe siècle, fonder les manifestations les plus audacieuses du pouvoir réglementaire (règlements *contra legem* « de nécessité », règlements *praeter legem* de police et d'organisation du service public) sans renoncer à la « fonction d'exécution des lois » posée par l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946 conduit Georges Vedel et René Capitant à requalifier le rapport de subordination du règlement à la loi. L'idée d'exécution « synthétique » – du grec *súnthêsis* (combinaison ; assemblage) – permet aux deux auteurs de reformuler la condition *secundum legem* (a) et de justifier l'abandon ponctuel de la condition *infra legem* (b) de la légalité administrative.

[400] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.674

a) Reformuler la condition secundum legem

491. Sous la IVe République, Georges Vedel est à l'origine d'une véritable requalification de la « fonction d'exécution des lois » : elle est une mission constitutionnelle confiée à l'Exécutif pour assurer la préservation de *l'ensemble* de la législation, c'est-à-dire le maintien d'un ordre juridique légal. Bref, la continuité de l'Etat en toutes circonstances (*cf. supra,* n°450 s.). De là résulte le caractère « synthétique » de l'exécution des lois. Cette conception *finaliste* de la fonction n'est pas sans conséquence sur le rapport de subordination du règlement à la loi. Pour Georges Vedel, en effet :

> « l'exécution des lois comporte plus que la simple application des lois ; elle consiste à réaliser les objectifs généraux qui sont ceux du législateur : l'ordre public, la marche des services publics etc… »[401] (on souligne)

En 1954, ces considérations le conduisent à écrire :

> « l'exécution des lois ne doit pas s'entendre de l'exécution servile, paragraphe par paragraphe, de chaque texte (…) »[402]

> « la tâche d'exécution des lois a un double aspect. D'un point de vue analytique elle consiste à assurer l'application de chaque loi ; d'un point de vue synthétique, elle consiste à assurer les conditions d'un ordre juridique légal, ce qui implique le maintien de la continuité de l'Etat et de la vie nationale par le respect de l'ordre et la marche des services publics »[403] (on souligne)

492. Ce faisant, Georges Vedel distingue, à son tour, « deux sortes » d'exécution des lois, dont il déduit « deux sortes » de règlements. Mais, sa conception duale de l'exécution des lois diffère profondément de celle de Carré de Malberg. Car, chez Vedel, l'exécution « synthétique » des lois outrepasse largement l'idée malbergienne d'exécution dynamique, exercée sur habilitation législative (*cf. supra*, n°473 s.). Pour Vedel, en effet, lorsque l'Exécutif assure l'exécution des lois – dans sa dimension synthétique – *« il n'a pas besoin d'autorisations, d'habilitations ou de délégations législatives expresses pour agir »*[404]. En procédant ainsi, Vedel reformule substantiellement le caractère *secundum legem* de l'action administrative, théorisé par Carré de Malberg. La loi demeure la *limite* de l'activité réglementaire, mais elle n'en est plus la *condition*[405] ; elle n'est plus « l'acte-condition » qui met en mouvement l'exercice du pouvoir réglementaire. Dans la théorie vedélienne, le

---

[401] VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.,* 1ère éd., p.510

[402] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.38

[403] *ibid.,* p.40-41

[404] VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.,* 1ère éd., p.510

[405] Vedel le reconnaît sans peine : *« Ainsi la loi est à la fois la* limite *de l'action gouvernementale et administrative et son* cadre directeur. » (*ibid.,* p.506). L'idée de « cadre directeur » est foncièrement étrangère à la théorie malbergienne.

règlement ne « présuppose » plus nécessairement une loi à exécuter, soit d'un point de vue statique, soit d'un point de vue dynamique. Le pouvoir réglementaire revêt donc un caractère *« propre et autonome »*[406], dont la légalité est assurée, non par son fondement, mais par son « but » ; celui qui *« consiste à assurer les conditions d'un ordre juridique légal »*, de faire en sorte que les lois *en général* soient exécutées. En un mot, d'assurer la continuité de l'Etat.

493. Bien qu'il n'emploie jamais l'expression, cette idée d'exécution « synthétique » des lois permet à René Capitant de justifier les extensions du pouvoir réglementaire de l'Exécutif en matière de police et d'organisation des services publics :

> « les notions mêmes de maintien de l'ordre public et d'organisation des services publics comportent nécessairement, substantiellement, la notion d'exécution des lois. Les règlements pris dans ces matières ont, par nature, pour but d'assurer l'exécution des lois en vigueur et leur légalité se trouve par là même établie.
>
> Qu'est-ce que l'ordre public, sinon l'exécution par les citoyens des lois et règlements pris conformément aux lois ? Il n'y a pas possibilité de définir l'ordre public autrement que par l'obéissance aux lois. Le désordre, c'est la violation de la loi ; et l'ordre, c'est l'obéissance aux lois. Donc, maintenir l'ordre public, c'est finalement prendre des règlements pour le maintien de cet ordre, c'est finalement prendre des règlements pour assurer l'exécution des lois ; c'est donc bien rester dans le cadre de l'article 47 de la Constitution. (…)
>
> Si maintenant nous en venons à la notion de service public, nous ferons une observation analogue. Qu'est-ce qu'un service public ? C'est toujours un mécanisme administratif destiné à permettre l'exécution des lois par les citoyens d'une obligation légale qui leur est imposée. Il n'y a pas de service public sans une obligation préalablement imposée par le législateur (…). De telle sorte qu'assurer le fonctionnement des services publics, c'est assurer l'exécution des lois par les usagers de ces services. »[407]

Ainsi, pour Georges Vedel et René Capitant, la police administrative et le fonctionnement des services publics ne sont pas des matières « naturellement » ou « coutumièrement » réservées à l'Exécutif, mais les terrains privilégiés de l'exécution « synthétique » des lois, celle qui consiste à assurer le maintien sur pied de la *légalité* en général, c'est-à-dire la survie et la continuité de l'ordre juridique tout entier, donc de l'Etat.

494. Ce faisant, les deux auteurs procèdent à une reformulation complète de la condition *secundum legem*. Elle n'est plus la condition *préalable* de l'activité réglementaire, mais sa condition *finale.* Le règlement est légal s'il a pour « but » l'exécution de l'ensemble de la

---

[406] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.40

[407] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, *op. cit.,* p.346-347 : v. dans le même sens, CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953, op. cit.,* p.216 : *« En dépit des décisions de jurisprudence invoquées, on est en droit de penser (…) que, même en ces domaines, la légalité des actes administratifs reste liée à l'exécution des lois ».*

législation, c'est-à-dire la préservation d'un ordre juridique légal. A propos de ce raisonnement, Carré de Malberg écrivait : *« raisonner ainsi, c'est élargir de façon abusive l'idée d'exécution des lois. Pour qu'un acte de l'autorité administrative puisse être qualifié d'exécutif, il ne suffit pas qu'il soit exécutif par son but, mais il faut qu'il le soit quant à son fondement, en ce sens qu'il se base sur une prescription ou sur une habilitation de la loi. »*[408] (on souligne) Vedel et Capitant rompent donc avec la conception chronologique de la condition *secundum legem* théorisée par Carré de Malberg. Ils n'hésitent pas à admettre que l'activité réglementaire revêt parfois un caractère initial et spontané, laquelle dérive *« indirectement »* [409] (G. Vedel) de l'exécution des lois entendue comme « mission constitutionnelle » habilitant l'Exécutif à édicter toute espèce de mesure pour assurer la continuité de l'ordre juridique, donc l'existence de Etat. Cette conception modernisée de la condition *secundum legem* autorise les dérogations à la condition *infra legem.*

b) Renoncer à la condition infra legem

495. La conception « synthétique » de l'exécution des lois, théorisée par Georges Vedel, rejaillit sur le caractère *infra legem* de l'activité réglementaire. Là réside l'intérêt – et le véritable enjeu – de la théorie : expliquer et fonder, sans rompre avec la « fonction d'exécution des lois », les règlements *praeter legem* de police et d'organisation des services publics, voire les règlements *contra legem* de « nécessité ». Ainsi, Vedel écrit en 1954 :

> « il peut se faire que, soit dans des circonstances exceptionnelles, en en raison d'une lacune législative, la sauvegarde des lois c'est-à-dire de l'Etat et de l'ordre juridique exige le sacrifice d'une loi. En tenant compte de cette hiérarchie des règles, de la supériorité du tout sur la partie, le pouvoir exécutif ne sort pas du droit et demeure fidèle à sa mission (…) »[410] (on souligne)

> « Exceptionnellement, l'investiture constitutionnelle de l'Exécutif pourra, sous le contrôle du juge, l'autoriser à combler les lacunes de la loi, voire à écarter temporairement l'application de telle disposition législative qui, eu regard aux circonstances, mettrait en péril certain et grave la mission générale de sauvegarde de l'ordre juridique tout entier confiée à l'Exécutif. »[411] (on souligne)

Là réside l'essence de la conception « synthétique » de l'exécution des lois : la prévalence du tout sur la partie. L'exécution des lois *en général*, c'est-à-dire l'assurance d'un ordre

---

[408] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit*., t.1, p.672-673

[409] VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, *op. cit.,* 1ère éd., p.510. Quant aux règlements dérivant *« directement »* de la loi, ils sont ceux classiquement admis par Carré de Malberg (produits « pour l'exécution » ou « en exécution » des lois). (*cf. supra*, n°478 s.)

[410] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.39

[411] *ibid.,* p.41

juridique légal, autorise l'Exécutif à se substituer, voire à déroger, à une loi *en particulier*. Cette conception autorise donc les règlements *praeter legem* ou *contra legem.* Pour autant, Vedel refuse d'y voir les manifestations d'un pouvoir réglementaire autonome ; dans sa théorie, ces règlements demeurent les moyens d'une mission constitutionnelle « d'exécution des lois », très largement entendue. Ce véritable tour de force permet de penser toutes les prérogatives de puissance publique – l'*imperium* de l'Exécutif – sans rompre avec l'article 47 de la Constitution de 1946, et donner un fondement constitutionnel (donc une validité juridique) aux règlements « dit autonomes » relégués hors du droit par Carré de Malberg.

496. René Capitant aboutit aux mêmes conclusions :

> « il y a sans doute quelque paradoxe – et c'est ce paradoxe qui a heurté la doctrine – à greffer sur le pouvoir d'assurer l'exécution des lois un pouvoir qui, finalement, aboutit pratiquement au pouvoir de déroger à la loi. Mais, selon l'observation qui en a été très justement faite par M. Vedel, le pouvoir exécutif n'est pas seulement le pouvoir d'assurer l'exécution de chaque loi, prise séparément des autres ; c'est aussi le pouvoir d'assurer l'exécution de l'ensemble de la législation. Les lois ne peuvent être considérées séparément les unes des autres. La législation forme un bloc. (…) »[412] (on souligne)

Il en résulte que la condition *infra legem* de l'activité réglementaire, s'estompe au profit de la condition *secundum* legem, telle que redéfinie dans sa dimension synthétique (*cf. supra,* n°493). Car, en effet, remarque René Capitant :

> « [Lorsqu'apparaissent des circonstances] par suites desquelles une disposition qui normalement s'appliquait et se combinait facilement avec les autres règles législatives devient pour celles-ci un obstacle et met de ce fait en jeu l'ordre public, en risquant de paralyser l'application de l'ensemble des lois, il est dans le rôle du juge d'admettre que le respect même de la volonté du législateur permette de faire prévaloir l'ensemble de la législation sur une disposition particulière. C'est là œuvre d'interprétation de la véritable portée des lois les unes par rapport aux autres. »[413] (on souligne)

Ainsi donc la condition *secundum legem* l'emporte sur la condition *infra legem*[414] ; cette dernière, écrit-il, *« n'a pas une valeur absolue, mais seulement relative. »* [415] L'acte administratif peut agir *praeter legem*, voire *contra legem,* s'il intervient dans le « but » de sauvegarder l'ordre juridique tout entier.

---

[412] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, *op. cit.,* p.350

[413] *ibid.,* p.350-351

[414] *ibid.,* p.20. Il ajoute : *« un examen attentif des choses permettrait même peut-être de réduire ces deux critères à un seul, en considérant le premier* [infra legem] *comme une simple conséquence, une simple application du second* [secundum legem] *»*

[415] *ibid.,* p.21

497. La conception « synthétique » de l'exécution des lois permet à la doctrine positiviste de la IVe République d'expliquer les manifestations les plus extensives du pouvoir réglementaire, sans rompre avec l'idée d'exécution des lois. D'une part, en réceptionnant la théorie de Carré de Malberg, elle admet la régularité des décrets-lois, perçus comme le produit de l'exécution « dynamique » d'une loi d'habilitation (*cf. infra,* n°669 s.). D'autre part, en dépassant Carré de Malberg, elle admet la régularité des règlements *praeter legem* et *contra legem*, perçus comme le produit d'une exécution « synthétique » de l'ensemble de la législation. Elle rapatrie donc dans le domaine du droit les arrêts *Babin, Heyriès, Labonne* et *Dehaene*, laissés pour des violations constitutionnelles par Carré de Malberg.

2) Une relecture positiviste des arrêts *Heyriès* et *Labonne*

498. La conception « synthétique » de l'exécution des lois, théorisée par Georges Vedel, revient à faire prévaloir l'exécution de *l'ensemble de la législation* (le tout) sur l'exécution de chaque loi (la partie). Elle autorise le *« sacrifice »* (le mot est de Vedel) d'une loi au profit de l'exécution des lois (*cf. supra*, n°495). Ce montage doctrinal est élaboré sous la IVe République pour conférer une « base constitutionnelle » formelle à des manifestations du pouvoir réglementaire, et à des jurisprudences, jusqu'alors assimilées à des violations constitutionnelles et reléguées hors du droit (R. Carré de Malberg), ou expliquées par les théories hétérodoxes de la « coutume » (L. Duguit) ou de la « légitimité » (M. Hauriou) constitutionnelles (*cf. infra,* n°568 s.). En 1954, Georges Vedel cherche donc à expliquer ce que Carré de Malberg ne parvient pas à expliquer – les règlements *praeter legem* et *contra legem* – sans céder pour autant aux théories de Duguit et d'Hauriou. Ainsi s'explique sa théorie des « bases constitutionnelles » qui n'est pas seulement une entreprise de légitimation du droit administratif (X. Magnon)[416], mais également une tentative de refondation de *l'imperium* de l'Exécutif dans le texte constitutionnel. Il réhabilite donc les arrêts *Heyriès* et *Labonne* pour les besoins de la cause. Relativement inaperçus, voire insignifiants (a), ces deux arrêts sont réinterprétés par Vedel à la lumière de sa théorie de l'exécution « synthétique » des lois, et présentés par lui comme la validation empirique[417] de celle-là (b).

[416] MAGNON, X., « Commentaire sous « Les bases constitutionnelles de droit administratif » », *art. cit.,* p.858

[417] Sur *« l'empirisme jurisprudentiel »* au soutien de *« l'autojustification de la pertinence du discours »* de Vedel, v. MAGNON, X., *art. cit.,* p.860

a) Deux arrêts initialement inaperçus

499. Les arrêts du Conseil d'Etat *Heyriès*, du 28 juin 1918, et *Labonne*, du 8 août 1919, font aujourd'hui figure de « grands arrêts », jamais disparus des vingt-et-une éditions des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative.* Leur grandeur doit beaucoup à la relecture doctrinale opérée, s'agissant du premier, par Hauriou dans les années 1920 (*cf. supra,* n°137 et *infra,* n°540 s.), et Vedel dans les années 1950. A l'origine, en effet, les deux arrêts n'ont suscité qu'un intérêt relatif de la part du Conseil d'Etat ; bien que tous deux reproduits au *Recueil Lebon,* les conclusions des commissaires du gouvernement n'ont jamais été publiées. La doctrine n'est guère plus prolixe ; l'arrêt *Heyriès* fait l'objet d'un commentaire remarqué de Maurice Hauriou au *Recueil Sirey* en 1922[418], mais l'arrêt *Labonne* n'attire pas véritablement l'attention de la doctrine, sinon par deux notes anonymes – aujourd'hui oubliées[419] – publiées aux *Recueil Dalloz* et *Sirey*, dont l'une cinq ans plus tard[420].

500. Avec sa note au *Recueil Sirey* et surtout ses *Précis de droit constitutionnel* et de *droit administratif*[421]*,* Maurice Hauriou a incontestablement popularisé la jurisprudence *Heyriès* au milieu des années 1920. Ce faisant, il en opère une première reconstruction doctrinale, car il présente comme un grand arrêt de principe, ce qui (en réalité) n'est qu'une application d'espèce de la jurisprudence *Verrier*, dégagée trois ans auparavant (*cf., supra,* n°142 s.). Quant à l'arrêt *Labonne,* il semble avoir été popularisé en 1924 par Léon Duguit, au soutien de sa démonstration tendant à justifier l'existence coutumière du pouvoir réglementaire autonome de police[422].

b) Une réhabilitation pour les besoins du renforcement de l'Exécutif

501. Les arrêts *Heyriès* et *Labonne* sont réhabilités, en 1954, par Georges Vedel pour les besoins de sa cause. Ils sont présentés comme la vérification *empirique* – donc conforme au

---

[418] CE, 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. 651, *S.* 1922.3.49, note Hauriou

[419] L'arrêt *Labonne* est souvent mentionné sans autre référence que la page de sa publication au *Recueil Lebon*. v. par exemple, CHAPUS, R., *Droit administratif général,* t.1, 15e éd., *op. cit.,* p.675 ; v. aussi LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P., GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 21e éd., *op. cit.,* p.207. L'arrêt *Labonne* n'est pas mentionné par Hauriou dans la table jurisprudentielle de sa 12e et dernière édition de son *Précis de droit administratif,* en 1933. Carré de Malberg n'en dit pas un mot, sauf par prétérition, dans l'ensemble de son œuvre. (*cf. supra*, n°484 s.)

[420] CE, 8 août 1919, *Labonne,* Rec. 737, *D.* 1921.3.23 ; *S.* 1924.3.46

[421] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.284-285 et p.451 ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.474

[422] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2eéd., *op. cit.,* p.736-737

droit positif et scientifiquement juste[423] – de sa conception « synthétique » et constitutionnelle de l'exécution des lois. Loin d'y voir des décisions isolées, Vedel les considère comme ceux qui, *« entre tous les arrêts du Conseil d'Etat, (...) renferment le plus de substance et indiquent le mieux les fondements du droit administratif français. »*[424] Car effectivement, les deux arrêts *Heyriès* et *Labonne* sont d'un grand secours pour la démonstration vedélienne ; ils présentent le double intérêt, d'une part, d'être tous deux rendus *au visa* de la loi constitutionnelle du 25 février 1875[425], d'autre part, de reconnaître des *prérogatives de puissance publique*, à savoir le pouvoir pour l'Exécutif de suspendre l'application d'une loi (arrêt *Heyriès*) et le pouvoir de police au niveau national (arrêt *Labonne*). Ils permettent ainsi d'adosser le critère de la puissance publique, donc l'exorbitance du droit administratif, sur la constitution formelle. Surtout, ces deux arrêts permettent à Vedel de légitimer, sur le fondement de l'article 47 de la Constitution, l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif sous la IVe République, en pleine période d'incertitude sur le champ du pouvoir réglementaire du président du Conseil – ce dont témoigne la controverse sur la constitutionnalité des décrets-lois et sur la portée de l'article 13 de la Constitution de 1946 (*cf. infra,* n°674 s., et n°680 s.) – et dans un contexte de révision constitutionnelle, silencieux sur le renforcement fonctionnel du Gouvernement.

502. Ces raisons expliquent la réhabilitation des arrêts *Heyriès* et *Labonne* dans les années 1950. Avec la théorie des « bases constitutionnelles », Vedel ouvre la voie à leur réhabilitation. Dès 1954, René Cassin entreprend une recension élogieuse de la théorie vedélienne[426]. En 1956, les deux arrêts sont rétrospectivement érigés en « grands arrêts » en faisant leur entrée dans la première édition du *GAJA*[427]. Long, Weil et Braibant se réapproprient le vocabulaire et la démonstration de Vedel ; ils écrivent que *« l'arrêt Labonne*

---

[423] v. MAGNON, X., *art. cit.,* p.860. Vedel écrit effectivement : *« Ce n'est pas à des spéculations théoriques, mais à la jurisprudence que nous demanderons de nous indiquer la base constitutionnelle du droit administratif. »* (VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.37)

[424] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.38

[425] Ainsi s'explique sans doute la préférence de Vedel pour l'arrêt *Heyriès*, et non pour l'arrêt *Verrier* – qui fait pourtant figure de véritable arrêt de principe sur le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre (*cf. supra,* n°142 s.). Sa théorie des « bases constitutionnelles » nécessite en effet d'identifier des arrêts rendus au visa de la Constitution. Or, l'arrêt *Verrier* du 30 juillet 1915 n'est pas rendu au visa de la Constitution.

[426] CASSIN, R., « Introduction », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* 1954, p.9-10. Cassin écrit : *« Le pouvoir exécutif (...) a été défini par une jurisprudence aussi significative que celle des arrêts* Heyriès *et* Labonne *et plus récemment* Dehaene *où est proclamée la mission constitutionnelle du Gouvernement de veiller à l'exécution des lois. »* (p.9-10)

[427] LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.,* 1ère éd., 1956, p.121 et s. et p.138 et s.

doit être rapproché de l'arrêt Heyriès »[428], qu'il existe une *« mission générale d'exécution des lois »*[429] confiée au président du Conseil, laquelle constitue la *« base constitutionnelle »*[430] des pouvoirs de l'Administration. Cette réception flatteuse de la théorie vedélienne par le Palais Royal n'a rien d'étonnant, car elle revient à faire du Conseil d'Etat le grand « régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics »[431] dans l'ordre juridique de 1946, et légitime par la même occasion le rôle constitutionnel du juge administratif. La théorie vedélienne est alors réceptionnée par la plus jeune doctrine constitutionnelle[432], et les arrêts *Heyriès* et *Labonne* sont désormais le soutien nécessaire du renforcement des pouvoirs de l'Exécutif.

503. Dans les années 1950, la réhabilitation / reconstruction des arrêts *Heyriès* et *Labonne* permet donc de justifier le renforcement des pouvoir réglementaire de l'Exécutif sans renoncer à la « fonction d'exécution des lois », donc sans rompre avec la Constitution. Elle permet à Vedel de légitimer l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950 sur les mêmes fondements[433]. Elle offre donc une véritable alternative à la théorie du « pouvoir réglementaire autonome », considéré par René Capitant comme une réminiscence de la monarchie limitée du type allemand[434] (*cf. infra,* n°947 s.). Elle rend possible une explication républicaine – à la fois « positiviste »[435] et fondée sur la fiction de la subordination du règlement à la loi – des manifestations les plus audacieuses du pouvoir réglementaire. *L'imperium* de l'Exécutif est tout entier subsumé sous la « fonction d'exécution des lois ». Ainsi, en dépit du caractère *« très extensif et constructif »*[436] de son interprétation, Capitant considère que ni les pouvoirs reconnus à l'Exécutif de suspendre l'application d'une loi (arrêt *Heyriès*), ni ceux d'organiser le fonctionnement des services publics (arrêt *Babin*) ou d'édicter des mesures de police sur l'ensemble du territoire national (arrêt *Labonne*) ne constituent des « règlements autonomes »,

---

[428] *ibid.,* p.140

[429] *ibid.*

[430] *ibid.,* p.122

[431] L'expression est de Louis Favoreu qui l'emploiera, plus tard, à propos du Conseil constitutionnel.

[432] ARNÉ, S., *Le Président du Conseil des ministres sous la IVe République,* Paris : LGDJ, 1962, 463 pages, spéc. p.146 ; VINCENT, F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives,* Paris : LGDJ, 1966, 272 pages, spéc. p.40-44 ; BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.,* p.211-212 et p.642-643

[433] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.39

[434] CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953, op. cit.,* p.214-125 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, *op. cit.,* p.43 et s.

[435] Le « positivisme juridique » est au fondement de l'idée républicaine, v. NICOLET, C., *L'idée républicaine en France, op. cit.,* p.342 et s.

[436] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, *op. cit.,* p.51-52

comparables aux anciennes ordonnances royales ; ces pouvoirs – ainsi qu'il l'écrit – *« rentrent dans le cadre de l'article 3 de la loi du 25 février 1875, c'est-à-dire qu'ils doivent avoir pour but d'assurer l'exécution des lois. »*[437]

504. Cette relecture « positiviste » des arrêts *Heyriès* et *Labonne* est essentielle à l'émancipation du pouvoir réglementaire dans la République parlementaire. Elle permet de ne pas renoncer à la fiction de la subordination du règlement à la loi parlementaire. Mais cette relecture procède d'une véritable reconstruction. Le visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 n'a jamais eu la signification que lui en donne Vedel (*cf. supra,* n°138 s.).

505. Ainsi, l'interprétation « dynamique » (Carré de Malberg) et « synthétique » (Vedel) de la mission d'exécution des lois permet à la doctrine positiviste de subsumer l'ensemble des manifestations modernes du pouvoir réglementaire sans rompre avec la fiction de la subordination du règlement à la loi, donc sans rompre avec le constitutionnalisme républicain de 1875 et 1946. En ce sens, la contribution de la doctrine positiviste à l'émancipation du pouvoir réglementaire est considérable ; elle permet de rendre acceptable – donc légitime – *l'imperium* de l'Exécutif. Les RAP, décrets-lois et règlements coloniaux sont présentés comme *exécutifs* des lois d'habilitation (Carré de Malberg), tandis que les règlements *praeter legem,* voire *contra legem*, sont présentés comme *exécutifs* de la législation dans son ensemble, c'est-à-dire de l'ordre juridique légal (Vedel).

506. Conclusion de la section. En érigeant la fonction d'exécution des lois en véritable « mission constitutionnelle », la doctrine positiviste du XXe siècle rompt définitivement avec la conception rousseauiste de l'exécution. Alors qu'elle n'était qu'*adjective*[438] – c'est-à-dire un simple instrument – dans la pensée du citoyen de Genève, l'exécution retrouve une véritable *substance* sous la plume de Carré de Malberg, de Vedel et de Capitant. Elle n'exprime plus seulement la subordination du règlement à la loi, mais se définit par sa *finalité* qui consiste à réagir aux circonstances, journalières ou extraordinaires, pour assurer la survie de la légalité tout entière, c'est-à-dire de l'Etat. Elle autorise le plus large pouvoir réglementaire, implicitement mais nécessairement, impliqué dans la réalisation de cette mission.

---

[437] *ibid.,* p.51 ; v. aussi, *ibid.,* p.346-351

[438] BACHOFEN, B., « La notion d'exécution chez Rousseau. Une psychopathologie du corps politique. », *art. cit.,* p.284-285

507. Conclusion du chapitre : une « hérésie constitutionnelle » ? Sous la troisième et quatrième République, la doctrine positiviste cherche à conférer un fondement à *l'imperium* de l'Exécutif, sans rompre avec les préceptes du constitutionnalisme républicain. Ces considérations la conduisent à élargir considérablement la fonction « d'exécution des lois », en l'interprétant par référence à la *tradition* non républicaine du XIXe siècle, et à la *finalité* des missions d'un Exécutif moderne. Ce faisant, elle rend compte des manifestations les plus extensives du pouvoir réglementaire, sans renoncer à la supériorité constitutionnelle et à la fiction de la subordination du règlement à la loi. Mais force est de constater qu'au milieu du XXe siècle, il ne reste plus grand-chose du caractère « secondaire et dérivé » du pouvoir réglementaire. N'y a-t-il pas, dans ces conditions, quelque *« hérésie constitutionnelle »*[439] (M. Hauriou) – voire quelque hypocrisie – à définir le pouvoir réglementaire de l'Exécutif par référence unique à la « fonction d'exécution des lois » ? Progressivement, on perçoit que les montages intellectuels de la doctrine positiviste voilent la réelle participation de l'Exécutif aux fonctions de décision et de législation. A la fin des années 1930, Emile Giraud critique cette conception élargie de l'exécution des lois *« cette ingénieuse théorie (...) a le défaut de méconnaître complètement la réalité politique. »*[440]. A la Libération, Georges Burdeau remarque que *« partisans de la théorie traditionnelle (...) étirent la notion d'exécution jusqu'à lui ôter tout sens précis »*[441]. Bref, l'émancipation du pouvoir réglementaire supposait également de *dépasser* la fonction d'exécution des lois.

---

[439] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 6e éd., *op. cit.,* p.55

[440] GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif, op. cit.,* p.137-138. L'auteur ajoute : *« En effet, dès que l'Exécutif ne se borne plus à régler l'application de dispositions substantielles édictées par le Législatif, mais tranche des questions de principe, crée directement des droits et des obligations, il se substitue en réalité au pouvoir législatif pour l'exercice de la fonction qui lui est propre. »*

[441] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *loc. cit.,* p.212-213

Chapitre 2 :
Dépasser la fonction d'exécution des lois

> « Quoi ! l'autorité qui, dans l'Etat, tient entre ses mains l'avenir du groupe, celle dont les décisions, parfois fulgurantes, renversent les alliances ou bouleversent l'ordre jusqu'alors établi dans les relations sociales, l'autorité qui exige, pour son parfait exercice, le génie de l'homme d'Etat, ce pouvoir enfin que les hommes se disputent parce qu'ils savent qu'en lui se trouve la clef des destinées nationales, tout cela s'analyserait, au point de vue juridique, en une modeste tâche d'exécution ?»[1]
>
> Georges Burdeau

508. Au XXe siècle, le bouleversement des pratiques législatives (*cf. supra,* n°127 s.) invite au renouvellement des sources du pouvoir réglementaire. L'entreprise de la doctrine républicaine positiviste – consistant à subsumer l'ensemble de l'*imperium* de l'Exécutif sous la « fonction d'exécution des lois », au prix d'un élargissement considérable (*cf. supra,* chapitre précédent) – fait progressivement figure *« d'hérésie constitutionnelle »* [2] (M. Hauriou) ; elle entretient la fiction de l'omnipotence parlementaire et voile la réelle participation de l'Exécutif aux fonctions de législation et de décision[3]. Étymologiquement et intuitivement, en effet, l'*exécution* inclut un caractère *secondaire* – les deux termes dérivant d'ailleurs de la même racine latine *sequor, sequi, secutus* signifiant « suivre ». Or, force est de reconnaître qu'au milieu du XXe siècle, ce caractère « secondaire et dérivé » ne suffit plus à définir le pouvoir réglementaire ; à la faveur des circonstances de crise, le règlement cesse d'être un simple *complément* de la loi, mais s'érige en véritable *substitut* à la loi. L'Exécutif exerce alors d'incontestables fonctions *primaires* de législation, soit formellement lorsqu'il agit sans autorisation ou habilitation législative (règlements de nécessité, règlements autonomes), soit matériellement lorsqu'il substitue, sur le fond, sa propre appréciation à celle du législateur parlementaire, ou abroge la législation formelle en vigueur (décrets-lois).

509. Ces considérations invitent à dépasser la « fonction d'exécution des lois » pour fonder l'existence du pouvoir réglementaire. Sous l'effet des crises, ce découplage s'opère progressivement sur la période étudiée avant d'être réceptionné et consacré par la Constitution

---

[1] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* 1945, p.211

[2] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 6e éd., *op. cit.,* p.55

[3] Félix Moreau dénonce ces montages théoriques dès 1902 : *« On voit que je ne songe pas à invoquer la vague disposition constitutionnelle qui charge le chef de l'Etat d'assurer l'exécution des lois, et que je n'appuie pas le pouvoir réglementaire autonome sur les textes qui investissent le Président de la République. Tout cela est insuffisant et dissimule la vraie question. »* (on souligne) (MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.169, note 2)

de 1958. A la conception positiviste de *l'imperium* de l'Exécutif, assise sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, se superpose ainsi progressivement une conception institutionnaliste – ou jusnaturaliste – du pouvoir réglementaire, assise sur le sentiment de sa nécessité (section 2). Perçu comme l'instrument de la sauvegarde de l'Etat, le pouvoir réglementaire apparaît comme consubstantiel à l'existence de l'Etat lui-même (section 1).

SECTION 1 :
LA FONCTION INSTITUTIONNELLE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

> « C'est le rôle du pouvoir exécutif de pourvoir aux exigences de la police et au salut de l'État par des mesures provisoires, jusqu'à ce que les lois aient pu être faites. »[4]
> Maurice Hauriou

510. A l'épreuve des crises du XXe siècle, émerge l'idée que l'*imperium* de l'Exécutif – son *« pouvoir illimité d'ordonner »*[5] – occupe une fonction spécifique à l'endroit de la communauté nationale[6]. Le pouvoir réglementaire est perçu comme l'instrument de la sauvegarde de l'Etat, c'est-à-dire de sa continuité dans les temps ordinaires et de son salut dans les temps extraordinaires (§1). Cette fonction, qui supplée à la carence des intermittences du législateur parlementaire, est toute d'initiative et de spontanéité, évidemment irréductible à une fonction « d'exécution des lois ». La doctrine hétérodoxe la qualifie volontiers, depuis le XIXe siècle, de fonction gouvernementale (§2).

§1. Assurer la sauvegarde de l'État

511. La première moitié du XXe siècle est traversée par les crises politiques, militaires, économiques, financières, sociales et diplomatiques. Les guerres mondiales et la guerre froide, la montée du fascisme et du communisme, la grande dépression des années 1930, la décolonisation et l'instabilité ministérielle chronique imposent, ou renforcent, le besoin d'assurer la continuité et la sauvegarde de l'Etat. Le pouvoir réglementaire est alors perçu, par la doctrine et la jurisprudence, comme l'instrument de cette *police* – au sens primitif du terme

---

[4] HAURIOU, M., « Note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.173

[5] MOMMSEN, T., *Le droit public romain,* tome 1ère, Paris : E. Thorin, 1892, 436 pages, spéc. p.24

[6] Cette question figure déjà au cœur de la pensée romaine et de la théologie médiévale (*cf.* MONTAY, B., *op. cit.,* p.534 et s.) ; v. aussi, LAZZERIE, C., REYNIE, D., *Le pouvoir de la raison d'Etat,* Paris : PUF, 1992, 266 pages ; et MANSFIELD, H. C., *Le prince apprivoisé, op. cit.,* p.268 et s., spéc. p.281

– de l'ordre social ; en témoignent la « théorie de l'institution » de Maurice Hauriou (A) et le principe de continuité des services publics, dégagé par le Conseil d'Etat (B).

A- UNE PREOCCUPATION DOCTRINALE : MAURICE HAURIOU ET LA THEORIE DE L'INSTITUTION

512. La « théorie de l'institution » est bâtie par Maurice Hauriou, entre 1906 et 1925, dans un contexte d'importante instabilité politique et sociale[7]. « L'ordre » et la « justice » y sont présentés comme consubstantiels (le premier ayant pour fonction de protéger la seconde). Cette dialectique explique – et limite – *« le pouvoir de domination et son droit de commander »*[8] dont dispose l'Etat, et ses organes. Au XXe siècle, elle demeure l'une des principales entreprises de justification de *l'imperium* de l'Exécutif[9]. Le droit réglementaire y apparaît, en effet, comme le « droit disciplinaire » de l'institution étatique, dont la fonction est d'assurer la protection de « l'idée d'œuvre » libérale (1)[10]. Pour vraie qu'elle soit, cette conception demeure trop restrictive. Le pouvoir réglementaire occupe davantage une fonction institutionnelle « d'adaptation réactive »[11], permettant à l'Etat de persévérer dans son être en toutes circonstances (2).

1) Le droit réglementaire, droit disciplinaire de l'institution étatique

513. Chez Hauriou, la « théorie de l'institution » est avant tout une théorie de l'Etat. Il est *« l'institution des institutions »*[12]. Le pouvoir réglementaire y occupe une fonction spécifique : celle d'assurer la « discipline » de l'institution, *« nécessaire pour la cohésion et le salut* [du

---

[7] La pensée institutionnaliste de Maurice Hauriou émerge dès la fin du XIXe siècle mais se systématise progressivement à l'occasion de plusieurs articles et ouvrages au XXe siècle. v., en particulier, HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 6e éd., Paris : Sirey, 1906, 915 pages ; HAURIOU, M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse,* 1906, p.134-182 ; HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* 1910 ; HAURIOU, M., « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée,* 1925, n°4 *rééd. in : Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Paris : Bloud et Gay, 1933, 219 pages, spéc. p.89-128.

[8] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., *op. cit.,* 1916, p.19

[9] Dans la deuxième moitié du XXe siècle, nombreux sont encore les auteurs à justifier le pouvoir réglementaire, à tous les niveaux dans l'Etat, par la théorie de l'institution (v., par exemple : VENEZIA, J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire,* Paris : LGDJ, 1958, 175 pages ; RAINAUD, J.-M., *La distinction de l'acte individuel et de l'acte réglementaire,* Paris : LGDJ, 1966, 210 pages ; VINCENT, F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives,* Paris : LGDJ, 1966, 272 pages ; WIENER, C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres,* Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque des thèses, 1970, 298 pages ; HECQUARD-THERON, M., *Essai sur la notion de réglementation,* Paris : LGDJ, 1977, 287 pages ; PICARD, E., *La notion de police administrative,* Paris : LGDJ, 1984, 2 tomes, 926 pages, spéc. t.2 p.582-603)

[10] Sur tous ces éléments, v. PICARD, E., *op. cit.,* p.489 et s.

[11] Le terme est emprunté à Paolo Napoli (*cf. infra*, n°523, note n°65)

[12] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., 1910, *op. cit.,* p.126

groupe] »[13], car protectrice de la *raison d'être* (« l'idée d'œuvre ») de l'Etat (a). Ce faisant, le pouvoir réglementaire s'érige en instrument de *police* civile – au sens primitif et élevé du terme – dont la fonction organique permet d'assurer l'existence de l'Etat lui-même (b).

a) Aspects de la théorie de l'institution : idée d'œuvre, droit statutaire et droit disciplinaire

514. Maurice Hauriou définit l'institution comme :

> « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures. »[14]

L'Etat fait figure « d'institution des institutions ». Le concept est élaboré par Maurice Hauriou pour justifier et limiter le pouvoir de l'Etat. Cette consubstantialité entre droit constitutionnel, théorie de l'Etat et théorie de l'institution est encore mise en évidence par Georges Renard[15], et reprise à son compte par Georges Burdeau à la Libération[16] ; *« l'Etat,* écrit ce dernier, *c'est le Pouvoir institutionnalisé et c'est l'institution où s'incarne ce Pouvoir. »*[17]

i) L'idée d'œuvre du constitutionnalisme républicain : les principes de 1789

515. Si l'Etat est présenté comme une institution, c'est qu'il réalise une « idée d'œuvre » – qui, chez Hauriou, relève encore du thomisme[18] – s'apparentant à *« l'idée de liberté »*[19]. Dans

---

[13] *ibid.,* p.136

[14] HAURIOU, M., « La théorie de l'institution et de la fondation », *art. cit.,* p.96.

[15] *« Le droit constitutionnel, pris dans la signification* matérielle *du mot, porte, en effet, dans ses flancs toute la « théorie de l'institution » ; c'est à la « théorie de l'institution » qu'il faut en venir dès l'instant qu'on se départit du point de vue* formel. *»* (RENARD, G., « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », *in : Mélanges R. Carré de Malberg,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages, spéc. p.483-499, p.488)

[16] Georges Burdeau réceptionne la théorie institutionnaliste au soutien de sa propre théorie de l'Etat. Les hommages faits à Hauriou et Renard sont extrêmement nombreux (BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome II, l'Etat,* 1ère éd., *op. cit.,* p.157, 162, 170, 172, 173, 199, 216, 224, 234 et s.) Burdeau démontre que l'Etat procède de l'institution, dont il présente toutes les caractéristiques. (*ibid.,* p.159, p.169-187, p.237, p.241, p.244-245)

[17] *ibid.,* p.229

[18] *« L'idée de l'Etat (...) est une grande idée d'ordre et de justice »* (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.64). Dans la préface, il écrit encore : *« Le Droit est* l'ars boni et aequi *et la science du Droit est pour éclairer cet art. (...) »* Le juriste tire ses arguments des *« considérations d'ordre, de justice et de morale qui affluent dans la perspective de la* lex ferenda. » (*ibid.,* p.IX) Hauriou revendique son thomisme et assume avoir puisé dans la *Somme théologique* ses *« meilleures inspirations ».* (v. HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2e éd., « Note en réponse à des observations de M. Gény », p.XXIV) ; v.

le constitutionnalisme républicain de 1875, et de 1946, cette « idée d'œuvre », c'est les principes de 1789. Ils figurent au fondement du lien social et du lien politique[20] de « l'idée républicaine » (C. Nicolet), c'est-à-dire de l'Etat républicain. Pour Maurice Hauriou, ils sont la base de la *« constitution sociale »*[21] de l'Etat et constituent une forme de *« légitimité supérieure »*[22] à la constitution politique elle-même (*cf. infra*, n°575 s.). Ils sont consacrés, à l'écrit, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, véritable *« pacte social »*[23] (L. Duguit) de la France. Ils apparaissent comme la *« constitution originaire »*[24] (R. Carré de Malberg) des lois constitutionnelles de 1875. Ces principes de 1789 constituent le *« droit commun de la République »*[25] (R. Cassin) ; ils sont les *« justes lois de la République »* incarnées par la France Libre entre 1940 et 1944 (*cf. supra,* n°271 s.) et placés au frontispice de la Constitution du 27 octobre 1946 qui réaffirme solennellement son attachement à la Déclaration des droits et aux *« principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. »* Ainsi, ces principes de 1789 se confondent avec « l'idée [d'œuvre] républicaine », ils sont la raison d'être de la République parlementaire. Ils sont ceux que le droit statutaire et le droit disciplinaire de l'Etat républicain ont pour fonction de réaliser, en les consacrant en droit positif et en les protégeant.

ii) Le droit statutaire de l'institution républicaine : consacrer les principes de 1789

516. Pour la réalisation de l'idée d'œuvre, l'institution *« engendre »*[26] (M. Hauriou) son propre droit : *« pourvoir à l'organisation de la vie d'un peuple conformément à l'idée de droit qui est sienne (...) implique au profit des gouvernants, le pouvoir d'édicter, à cet effet, des règles obligatoires. »*[27] (G. Burdeau). L'institution crée le droit, mais n'est pas créée par lui. *L'imperium* est donc engendré par l'institution, mais également limité par elle ; il a pour

---

encore, HAURIOU, M., « L'ordre social, la justice et le droit », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1927 rééd. *in : Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, op. cit.,* p.43 et s.

[19] PICARD, E., *op. cit.,* p.490

[20] NICOLET, C., *op. cit.,* p.325 et s. ; p.387 et s. ; v. encore, BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain, op. cit.*

[21] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.339

[22] *ibid.*

[23] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.3, 1930, 3e éd., *op. cit.,* p.606

[24] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* p.18

[25] CASSIN, R., « Introduction », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* n°1, 1947, p.9-17, spéc. p.10 ; v. aussi CASSIN, R., « Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution », *RIHPC,* janvier-juin 1951, p.54-61

[26] HAURIOU, M., « La théorie de l'institution et de la fondation », *art. cit.,* p.94

[27] BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome II, l'Etat,* 1ère éd., *op. cit.,* p.182. *« parce qu'elle représente l'ordre juridique requis par le service du Bien commun, l'institution fonde l'imperium du roi »* (*ibid.,* p.179)

fondement, pour objet, et pour limite la réalisation de l'idée d'œuvre institutionnelle. Ce droit institutionnel est dual. Maurice Hauriou distingue *« deux espèces de règles d'origine institutionnelle »*[28] – le droit statutaire et le droit disciplinaire – qui sont *« la contrepartie et le correctif l'un de l'autre. »*[29] Tous deux participent effectivement à la réalisation de « l'idée d'œuvre », mais y participent différemment. Le droit statutaire y participe à titre principal[30], la consacrant et la traduisant en droit positif, dans des règles de droit destinées à durer. Le droit disciplinaire y participe à titre accessoire, en la protégeant, par des mesures provisoires (*cf.* la citation citée en épigraphe).

517. Le droit statutaire est défini par Hauriou comme *« celui qui s'élabore au sein d'une institution pour la définir dans l'intérêt individuel de ses membres. (...) Il a par là-même pour objet la détermination des compétences, c'est-à-dire des sphères de pouvoir de chacun des organes et de chacun des membres de l'institution »* [31]. Dans le constitutionnalisme républicain, il réalise à titre principal les « principes de 1789 », en déterminant les compétences des organes constitutionnels (droit statuaire *« public »*[32] selon la terminologie d'Etienne Picard) ou les droits subjectifs des individus (droit statutaire *« privé »*). Ainsi, comme le reconnaît Georges Burdeau, la Déclaration des droits de 1789 exprime une philosophie politique et sociale (l'idée d'œuvre) qui *« justifie l'organisation des pouvoirs publics en même temps qu'elle se propose comme guide de leur action »*[33]. *« [I]l n'est pas,* écrit-il, *un seul point de la réglementation constitutionnelle qui ne fournisse une indication sur le contenu de l'idée de droit »*[34]. Le droit constitutionnel de 1875 et 1946, en tant que droit statutaire public, réalise effectivement l'idée d'œuvre républicaine : la souveraineté nationale, le système parlementaire, la spécialisation fonctionnelle et la hiérarchie des organes, la suprématie du Parlement, la subordination de l'Exécutif, la désignation des gouvernants etc. sont l'expression positive des principes de 1789. Quant au droit statutaire privé, il est formé par l'ensemble de la législation civile, commerciale et pénale, et par la jurisprudence, qui consacrent l'individualisme républicain, le libéralisme politique et économique, la propriété, l'école, la laïcité etc. Il consacre, en droit positif, les droits « naturels et imprescriptibles » de l'homme qui sont au fondement du lien social dans l'idéal républicain. L'élaboration de ce

---

[28] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.136
[29] *ibid.*
[30] Sur ces éléments, v. PICARD, E., *op. cit.,* p.474 et s.
[31] HAURIOU, M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse,* 2e série, t.2, 1906, p.134-182, spéc. p.168
[32] PICARD, E., *op. cit.,* p.494-497
[33] BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome III, Le statut du pouvoir dans l'Etat,* 1ère éd., *op. cit.,* p.113
[34] *ibid.,* p.111

droit statutaire est donc la *« raison d'être »*[35] (E. Picard) de l'institution républicaine. Mais le droit statutaire, démontre Etienne Picard, est incapable de se protéger lui-même parfaitement[36].

iii) Le droit disciplinaire de l'institution républicaine : sauvegarder les principes de 1789

518. Il faut donc adjoindre au droit statutaire un droit disciplinaire, dont l'objet est d'assurer la protection de « l'idée d'œuvre » institutionnelle[37]. A ce titre, il occupe une fonction d'ordre public – c'est-à-dire de police[38] – institutionnelle. Le droit disciplinaire participe autant que le droit statutaire à la réalisation de « l'idée d'œuvre », mais il y participe différemment ; son objet est d'assurer le maintien en l'état (*rebus sic stantibus*)[39] en toutes circonstances du droit statutaire de l'institution. Il est donc *« consubstantiel »*[40] (E. Picard) à « l'idée d'œuvre ». Assurer la protection de « l'idée d'œuvre », consacrée par le droit statutaire, c'est assurer la protection de la « raison d'être » de l'institution ; donc c'est assurer l'existence de l'institution elle-même. Le droit disciplinaire occupe donc une fonction de sauvegarde institutionnelle. Cette idée est explicitée par François Saint-Bonnet :

> « [L]orsqu'on parle de « sauver la Révolution », on ne recherche les moyens de sauver l'Etat révolutionnaire que parce qu'il est l'outil de la réalisation de la Révolution. Les formules qui font état de la sauvegarde de l'ordre et du bien-être de la société ou des principes philosophiques et constitutionnels fondamentaux ne font qu'attribuer une valeur à la notion froide de l'Etat, conçu comme une institution. »[41]

Autrement dit, la fonction du droit disciplinaire n'est pas purement autotélique ; sauvegarder l'institution, c'est sauvegarder l'idée d'œuvre qu'elle incorpore. C'est lui permettre de persévérer dans son être. Il assure *« la cohésion et le salut »* (M. Hauriou, *cf. supra*, n°513) du groupe social. Dans l'Etat républicain, le droit disciplinaire assure donc la

---

[35] PICARD, E., *op. cit.,* p.476

[36] *ibid.,* p.506 et s.

[37] Hauriou le définit ainsi : *« Le droit disciplinaire est constitué par l'ensemble des actes juridiques et des règles juridiques émanant de l'autorité sociale instituée qui ont pour objet, soit d'imposer aux individus des mesures, soit de créer des situations opposables, soit de réprimer des écarts de conduite, le tout principalement dans l'intérêt de l'institution et sous la seule sanction de la force de coercition dont elle dispose. »* (on souligne) (HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.137) Le droit disciplinaire ne définit donc pas l'institution dans « l'intérêt individuel » de ses membres (c'est le propre du droit statutaire), mais la définit dans son propre intérêt ; il assure sa propre persévérance dans l'être.

[38] *ibid.,* p.477 : *« La police est donc la fonction disciplinaire des institutions. »* ; et p.531 et s.

[39] Sur cette idée, v. NAPOLI, P., « Conclusion », *in :* LEMAITRE, A.-J., KAMMERER-SCHWEYER, O., *Le pouvoir réglementaire : dimension doctrinale, pratiques et sources, XVe et XVIIIe siècles, op. cit,* p.266

[40] *ibid.,* p.540 et s.

[41] SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.35

sauvegarde des « principes de 1789 », ce faisant il assure la sauvegarde de la République elle-même.

b) Le pouvoir réglementaire, pouvoir de police institutionnelle

519. Dans la pensée primitive de Maurice Hauriou, le droit règlementaire n'est qu'une manifestation du droit disciplinaire, et le pouvoir réglementaire qu'un instrument de la fonction disciplinaire ou de police. En effet, assumer la fonction disciplinaire de l'institution – assurer le salut de l'Etat – nécessite un pouvoir *« d'action directe »*[42] ; celui d'édicter *« une décision d'exécution rapide qui après coup peut être soumise au redressement de la loi mais qui en attendant vaut par elle-même »*[43] (on souligne). Car, ironise Hauriou, *« c'est très joli, les lois ; mais il faut avoir le temps de les faire et il s'agit de ne pas être morts avant qu'elles ne soient faites. »*[44] Ainsi, la discipline institutionnelle suppose une action rapide et indépendante ; elle s'exerce alors nécessairement – dans le langage d'Hauriou – en forme de *« décision exécutoire »* (c'est-à-dire exécutoire *« par sa seule vertu »*[45]), dont le règlement constitue une des manifestations élémentaires[46]. Ce pouvoir de décision exécutoire, l'Exécutif en détient le monopole[47]. Si bien que *« tous les procédés d'action directe qu'un gouvernement peut employer, pour assurer l'existence du groupe et sa propre existence, relèvent de la fonction exécutive »*[48] (on souligne) Ainsi, dans la pensée initiale d'Hauriou, le « droit réglementaire » n'est qu'une expression du « droit disciplinaire » de l'institution étatique ; le maître toulousain oppose d'ailleurs le *« droit disciplinaire ou réglementaire »*[49] au *« droit statutaire ou légal »*[50]. Le droit réglementaire, comme tout droit disciplinaire, s'exerce par voie d'autorité, de coercition et de contrainte, c'est-à-dire de façon hétéronome pour les membres de l'institution (les citoyens dans l'Etat). A l'inverse, le droit statutaire

---

[42] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* 1910, p.136

[43] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 1ère éd., *op. cit.,* 1923, p.319

[44] HAURIOU, M., « Note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.177.

[45] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif,* 1ère éd., Paris : L. Larose et Forcel, 1892, 783 pages, spéc. p.161

[46] Hauriou compare d'ailleurs le pouvoir réglementaire à *l'imperium* romain qui *« comprend à la fois le pouvoir de donner des ordres et de les faire exécuter. »* (on souligne) (HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, op. cit.,* 10e éd., 1921, p.61)

[47] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., 1916, *op. cit.,* p.719.

[48] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., 1910, p.448

[49] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., 1916, *op. cit.,* p.128. Il ajoute, en note, *« le droit réglementaire est une variété du droit disciplinaire qui se manifeste dans l'institution de l'Etat pour les relations de l'administration publique avec les citoyens, en ce qui concerne les dispositions par voie générale. »*

[50] *ibid.,* p.136

procède, dans sa forme, *« soit de la coutume, soit de l'opération délibérative »*[51], et suppose un phénomène de consentement, et d'adhésion collective, rendu possible (dans l'Etat) par la délibération parlementaire dans le cadre de la procédure législative. Ainsi, chez Hauriou, la distinction loi / règlement recoupe entièrement, et initialement, la distinction droit statutaire / droit disciplinaire.

520. Dans la pensée du maître de Toulouse, le pouvoir réglementaire est donc l'instrument de la fonction disciplinaire de l'institution étatique, c'est-à-dire l'instrument de la protection et de la sauvegarde de l'Etat. Le pouvoir réglementaire est donc – au sens entier du terme – un pouvoir de « police institutionnelle »[52]. Hauriou n'entend d'ailleurs pas cette fonction de police de façon trop étroite. Elle est *« indéfiniment plus riche que d'ordinaire on ne [la] conçoit »*[53] ; son objet *« n'est pas seulement répressif, il est encore organique »*[54]. Ainsi, écrit le professeur toulousain :

> « Tous les services administratifs sont des moyens de police ; cela découle de ce qu'ils ont tous pour objet l'intérêt général et de ce que l'intérêt général est un aspect de la police. Il faut bien évidemment, entendre ici la police dans son sens le plus élevé, comme étant le bon ordre dans l'Etat obtenu par des mesures préventives et non pas par des mesures répressives. L'organisation des services publics est la meilleure des mesures de police préventive ; et non pas seulement l'organisation des services de police, mais l'organisation de services quelconques, parce qu'elle supprime toujours quelque cause de trouble, ou bien parce qu'elle facilite la surveillance, ou bien parce qu'elle crée des commodités de vie, diminue le nombre des mécontents et agit comme un dérivatif. »[55]

Tel est, pour Hauriou, l'objet historique du *« régime administratif »*, c'est-à-dire la justification historique de l'existence du *droit administratif* ; il le définit comme *« la police du régime civil de la nation »*[56], assumée par la puissance publique du gouvernement central. Elle se traduit par *« l'organisation des services publics sur lesquels la vie civile s'établit. »*[57] Cette identité originaire entre droit administratif et police institutionnelle explique, dans la pensée du maître toulousain, l'identité entre droit disciplinaire et droit réglementaire.

---

[51] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., 1910, p.159

[52] *« La police, dans son essence de mesure discrétionnaire immédiatement exécutée par l'autorité qui a pris la décision, est purement disciplinaire. »* (HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., 1916, *op. cit.,* p.132). D'ailleurs, Hauriou définit jusqu'au début des années 1920 le règlement comme *« une manifestation de volonté sous forme de règle générale, émise par une autorité ayant le pouvoir réglementaire, qui tend à l'organisation et à la police de l'Etat, dans un esprit à la fois constructif et autoritaire. »* (on souligne) (HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, op. cit.,* 10e éd., 1921, p.60)

[53] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.137

[54] *ibid.*

[55] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., 1916, *op. cit.,* p.575

[56] *ibid.,* p.571 ; v., aussi HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.142. v. encore, HAURIOU, M., « Police juridique et fond du droit », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1926, p.265-312, *rééd. in : Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté, op. cit.,* p.173.

[57] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., 1916, *op. cit.,* p.571

521. Ce faisant, Hauriou renoue avec la conception pré-révolutionnaire du pouvoir réglementaire. Dans l'Ancien régime, il est l'instrument d'une même fonction de *police* – d'administration et de justice – mise en évidence par les historiens du droit[58]. Dans son *Traité des Seigneuries,* paru en 1610, Charles Loyseau s'exprimait ainsi : *« Comme* πόλις *fignifie la Cité, auffi* πολιπια*, que nous difons Police, fignifie le reglement de la Cité. (...) Dont s'enfuit que le droit de Police confifte proprement à pouuoir faire des reglemens particuliers, pour tous les citoyens de fon diftroit & territoire (...).*[59] Ce passage révèle l'identité historique, étymologique et fonctionnelle qu'il existe entre « pouvoir réglementaire » et « police ». Les termes sont d'ailleurs pris pour synonymes par Marcel Waline dans la première édition de son *Manuel de droit administratif* en 1936. Le chapitre intitulé « *Théorie générale des polices et du pouvoir réglementaire »*[60] traite les deux concepts simultanément ; la police y est définie comme *« le pouvoir de poser certaines règles »*[61] et l'étude des autorités, du régime et de l'exercice du pouvoir de police renvoie en réalité à une véritable étude sur le pouvoir réglementaire de l'Exécutif. Waline abandonnera par la suite cette façon de procéder. Elle témoigne néanmoins de l'identité des deux notions ; au XXe siècle, la police demeure perçue comme le « règlement » permettant à la Cité de persévérer dans son être. A la faveur de cette idée, la doctrine et la jurisprudence admettent l'existence et justifient l'extension du pouvoir réglementaire dans la République parlementaire.

2) Le pouvoir réglementaire : pouvoir de « l'adaptation réactive » de l'institution

522. L'assimilation du droit réglementaire au droit disciplinaire – même entendu dans sa dimension organique – demeure néanmoins trop restrictive. Maurice Hauriou le reconnaît lui-même. Dans les dernières éditions de son *Précis de droit administratif*, il cesse de définir le règlement comme un acte de police civile ; et admet l'identité matérielle entre la loi et le

---

[58] v. notamment, LEMAITRE, A.-J., KAMMERER-SCHWEYER, O., *Le pouvoir réglementaire : dimension doctrinale, pratiques et sources, XVe et XVIIIe siècles :* Actes du colloque de Mulhouse, 11 et 12 octobre 2002 organisé par la Faculté des lettres, langues et sciences humaines de l'Université de Haute-Alsace, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004, 270 pages ; v. aussi, PAYEN, P., *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIIIe siècle : dimension et doctrine,* Paris : PUF, 1997, 526 pages ; NAPOLI, P., *La « police » en France à l'âge moderne (XVIIIe - XIXe siècle) : histoire d'un mode de normativité,* Thèse de doctorat : droit : Paris, EHESS, 2000, 438 feuilles ; DEGOY, A., *Représentation du roi et pouvoir de « faire loy » : Enquête autour de l'activité normative du parlement de Paris à l'époque de Charles VI et de la double monarchie franco-anglaise (1380-1436),* Thèse de doctorat : histoire du droit et des institutions, Paris 2, 2017, 682 pages ; v. aussi, PICARD E., *op. cit.,* p.503-504

[59] LOYSEAU, C., *Traité des seigneuries,* 3e éd., 1610, chapitre IX, p.91-92

[60] WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1936, 688 pages, spéc. p.283

[61] *ibid.,* p.284

règlement. *« Les deux espèces de règles,* écrit-il, *peuvent servir à consacrer des droits subjectifs. »*[62] Cela revient à dire que le règlement participe, comme la loi, à la réalisation du droit statutaire. Cette affirmation est confirmée par la pratique. Au milieu des années 1930, l'Exécutif s'empare – par voie de décrets-lois – de la régulation de pans entiers de la législation civile, commerciale et pénale ; le règlement cesse d'être une « source exclusive de droit administratif » (c'est-à-dire l'instrument du régime administratif, entendu comme police du régime civil), mais devient une « source administrative de droit »[63] (J. Rivero) – c'est-à-dire un instrument de droit commun (*cf. supra,* n°188 s.). Quant à la loi, elle participe autant que le règlement à l'expression du droit disciplinaire de l'institution. Depuis la fin du XIXe siècle, les lois policières ne cessent de se multiplier – en témoignent déjà les « lois scélérates » de 1893-1894 – et deviendront, dans les années 1930, des instruments de répression et d'exclusion[64].

523. Dans l'institution étatique, la spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire est ailleurs. Irréductible à la *summa divisio* droit statutaire / droit disciplinaire, le pouvoir réglementaire occupe dans l'Etat une fonction *« d'adaptation réactive »*[65] (l'expression est empruntée à Paolo Napoli). Le droit réglementaire est celui par lequel l'institution *réagit* aux circonstances (ordinaires ou extraordinaires, locales ou temporelles) et s'*adapte* en conséquence pour assurer la réalisation spatio-temporelle de « l'idée d'œuvre » qu'elle incorpore. « L'adaptation réactive » transcende donc le clivage droit statutaire / droit disciplinaire. Elle permet à « l'idée d'œuvre » de persévérer dans son être, quelles que soient les circonstances de temps et de lieu. Le droit réglementaire participe au même titre que le droit légal à la réalisation du droit statutaire, et du droit disciplinaire ; il y participe différemment, en *réagissant* aux circonstances de temps et de lieu et en *adaptant* le droit institutionnel en conséquence. Car effectivement, l'Exécutif possède le triple privilège de la continuité, de l'unité et de la contrainte (*cf. supra,* introduction générale, n°60 s.). Ses règlements sont exécutoires par « leur seule vertu » ; ils ne nécessitent aucune délibération préalable, aucun phénomène de consentement, aucune promulgation par un autre organe. Ils sont le produit d'une *« action directe »* (M. Hauriou) permettant à l'institution, face à des

---

[62] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 12e éd., *op. cit.,* p.565

[63] RIVERO, J., « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *art. cit.,* p.317

[64] Sur ces question, v. BITTMANN, B., *op. cit.* p.226 et s., p.417 et s., p.440 et s. ; v. aussi NOIRIEL, G., *Les origines républicaines de Vichy, op. cit.,* et WEIL, P., *Qu'est-ce qu'un Français ? : histoire de la nationalité française depuis la Révolution,* Paris : Gallimard, 2005, 651 pages

[65] NAPOLI, P., « Police et société. La médiation symbolique du droit. », *art. cit.,* p.136 ; v. aussi, NAPOLI, P., *Naissance de la police moderne : pouvoir, normes, société,* Paris : La Découverte, 2003, 307 pages, spéc. « conclusion ».

circonstances imprévues, de s'adapter, et le cas échéant de survivre. La majorité des auteurs, et la jurisprudence, s'entendent sur cette spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire. Elle en justifie l'existence tant dans les temps ordinaires, que dans les temps extraordinaires, et en explique toutes les manifestations, fût-ce les plus extensives (règlements complémentaires (*infra legem*), règlements autonomes (*praeter legem*), règlements de nécessité (*contra legem*)) :

- la fonction « d'adaptation réactive » justifie l'existence du pouvoir réglementaire complémentaire, censé *réagir* aux circonstances variables de droit commun (de temps et de lieu) et *adapter* le droit institutionnel en conséquence, le cas échéant en adaptant les dispositions de la loi elle-même (*cf. infra,* n°775 s.). Félix Moreau le reconnaît dès 1902 : *« les lois ont souvent besoin d'être adaptées aux lieux et aux temps de leur application, cette adaptation est quelquefois destinée à des changements répétés. »*[66] Le commissaire du gouvernement Charles Ettori l'admet avec force en 1929 :

> « Pourvoir à l'unité d'application des mesures consécutives à la loi et par là même au maintien de l'égalité des administrés devant elle, lever les doutes d'interprétation propices aux litiges, adapter la loi dans le temps à des circonstances changeantes, voilà le but qu'une conception large du contrôle juridictionnel peut permettre d'atteindre. »[67]

En somme, comme le reconnaît encore Henry Berthélemy en 1933, *« adapter la loi aux circonstances particulières, c'est précisément le rôle du pouvoir réglementaire »*[68]. Ainsi s'explique le caractère nécessairement discrétionnaire du pouvoir réglementaire complémentaire, et l'obligation d'adaptation des règlements aux changements de circonstances de droit ou de fait (*cf. infra,* n°806 s.).

- la fonction « d'adaptation réactive » justifie évidemment l'existence du pouvoir réglementaire non complémentaire, *praeter legem* dans les temps ordinaires[69], voire *contra legem* dans les temps extraordinaires. Cette idée est au cœur de la jurisprudence du Conseil d'Etat sur les « règlements de nécessité » (*contra legem*) de la Première guerre mondiale ; ils sont l'expression, moins de la suspension, mais de *l'adaptation* des dispositions de la loi aux circonstances de crise. Les conclusions, déjà citées, du commissaire du gouvernement

---

[66] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.144

[67] ETTORI, conclusions sur CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et des transports automobiles, RDP* 1929, p.323

[68] BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 13e éd., *op. cit.,* p.125

[69] v. les propos de Jérôme Solal-Céligny et Louis Bertrand à l'occasion de l'élaboration de la Constitution de 1958 : *« la fonction gouvernementale comporte une adaptation constante des structures, des mécanismes institutionnels et des règles de droit à de nouvelles exigences. »* (« Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *Commentaires sur la Constitution, 1958-1959,* reproduits *in : DPS,* vol. 4, p.241-257, spéc. p.244)

Corneille sur l'arrêt *Verrier* du 30 juillet 1915 en témoignent. A propos du décret litigieux, suspendant les dispositions de la loi du 16 février 1912 conditionnant la mise à la retraite d'office des officiers généraux à la consultation du Conseil supérieur de la guerre, il déclare :

> « Serrez ce texte de près ! Vous ne pourrez dire qu'une chose, c'est que le règlement nouveau, d'allure provisoire, a eu pour but et pour effet d'adapter une procédure légale aux circonstances exceptionnelles, de procurer l'exécution de la loi à un moment où cette exécution était urgente et indispensable au point de vue des suprêmes intérêts de la nation. »[70] (on souligne)

Le « règlement de nécessité » (*contra legem*) est une manifestation de la *« réaction spontanée, quasi instinctive »*[71] (L. Rolland) de l'institution étatique en temps de crise ; le Gouvernement de l'institution (l'Exécutif) réagit aux circonstances extraordinaires et adapte le droit institutionnel (ici le droit légal) en conséquence, en suspendant les formalités procédurales prévues par la loi. Le juge valide la régularité du décret sur les mêmes fondements. Dans une théorie de l'institution, cette contrariété du règlement à la loi est la manifestation de l'adaptation du droit institutionnel aux circonstances de crise. Elle n'est donc pas un problème mais une solution nécessaire à la conservation de « l'idée d'œuvre » institutionnelle (les « principes de 1789 » dans le constitutionnalisme républicain). Elle témoigne de l'existence d'une *« légalité supérieure, super-légalité »*[72], dans le langage de Maurice Hauriou, qui fonde l'existence du pouvoir réglementaire « au-delà » de la Constitution écrite. (*cf. infra,* n°568 s.)

524. Qu'on en admette ou qu'on en rejette la pertinence scientifique, la « théorie de l'institution » demeure bon an, mal an, au cœur de la justification de *l'imperium* de l'Exécutif. Sa conceptualisation par Maurice Hauriou, entre 1906 et 1925, coïncide avec les débuts du « parlementarisme absolu » (R. Carré de Malberg) et témoigne de la nécessité de penser l'existence et l'extension du pouvoir réglementaire dans une période marquée par les crises, notamment par la Première guerre mondiale. La « théorie de l'institution » révèle la spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire ; instrument « d'adaptation réactive » de l'institution, il assure la conservation de « l'idée d'œuvre » en toutes circonstances de temps et de lieu – c'est-à-dire, en dernier ressort, la sauvegarde de l'Etat. Le principe de « continuité des services publics » élaboré par le Conseil d'Etat sur la même période témoigne de considérations comparables.

---

[70] CORNEILLE, conclusions sur CE, 30 juillet 1915, *Général Verrier, RDP* 1915, p.481

[71] ROLLAND, L., « L'administration locale et la guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.113

[72] HAURIOU, M., « Note sous CE, Sect., 28 juin 1918, *Heyriès* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.84

525. Le principe de « continuité des services publics » est un montage politique, doctrinal et jurisprudentiel élaboré dans la première moitié du XXe siècle pour tempérer le principe de la « supériorité de la loi »[73], et légitimer l'extension des pouvoirs de l'Exécutif en période de crise (1). Perçue comme une *« nécessité sociale de premier ordre »*[74] (G. Jèze) par la doctrine et la jurisprudence, la continuité des services publics procède, en vérité, d'une exigence de continuité, voire de sauvegarde, de l'Etat. Ce faisant, elle témoigne d'une conception nettement institutionnaliste du droit de commander et révèle l'existence d'une filiation entre les jurisprudences *Winkell, Heyriès, Couitéas* et *Dehaene* (2).

1) Justifier l'extension du pouvoir réglementaire en période de crise

526. Réceptionné et perfectionné sous la Première guerre mondiale (b), le principe de la « continuité des services publics » est, en réalité, élaboré dès les années 1900-1910 pour justifier la répression du droit de grève dans les services publics (a). Au milieu du XXe siècle, il légitime l'augmentation et la prorogation des pouvoirs de l'Exécutif pour gérer le transitoire, en situation de transition constitutionnelle ou de crise ministérielle (c).

a) Réglementer le droit de grève

527. Le principe de « continuité des services publics » est un montage politique, doctrinal et jurisprudentiel élaboré, dans les années 1900-1910, pour *« trouver un fondement juridique à la possibilité pour l'Administration d'évincer les grévistes »*[75] (selon les propres termes des premiers auteurs du *GAJA*). Entre 1906 et 1910, la France est effectivement traversée par une très violente crise sociale. Le syndicalisme révolutionnaire appelle à renverser la « République bourgeoise ». Les grèves se multiplient et se généralisent dans les mines (1906-1908), les PTT (1909), les chemins de fer (1910) etc. Souvent violentes, elles sont sévèrement réprimées par le ministère Clémenceau (bientôt qualifié de « briseurs de grèves ») ; la troupe est envoyée à Draveil et Villeneuve-Saint-Georges et tue des ouvriers ; des fonctionnaires grévistes sont révoqués ; des leaders syndicaux sont emprisonnés etc. Ces violences conduisent Maurice Hauriou à comparer les faits de grève à des faits de guerre :

[73] v., par exemple, ROLLAND, L., « L'administration locale et la guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.128 et s.
[74] JEZE, G., « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP,* 1914, p.48-144, spéc. p.55
[75] LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 1ère éd., *op. cit.,* p.78

> « La coalition et la grève signifient la lutte des classes ; elles signifient qu'une partie de la nation se dresse contre l'autre et ne reconnaît plus ni ses lois ni sa justice ; la classe prolétaire répudie la justice de l'Etat bourgeois ; (…). Le droit de grève, c'est le droit de guerre privée qui reparaît. Et ce n'est pas une guerre privée accidentelle, c'est une guerre privée systématique, menée par une classe qui aspire à la souveraineté.
>
> Dès lors, si la coalition et la grève des fonctionnaires sont des faits révolutionnaires, des faits de guerre, on ne s'étonnera pas que le Gouvernement leur ait appliqué le droit de la guerre et ait usé vis-à-vis d'eux de représailles. »[76] (on souligne).

Perçues comme des « faits de guerre », les grèves de 1906-1910 posent les prémices d'une théorie des « circonstances exceptionnelles », dès avant la Première guerre mondiale. La sauvegarde de l'Etat devient rapidement le support de l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif, justifiant le recours à l'illégalité. En témoignent les propos d'Aristide Briand, président du Conseil, à la Chambre des députés, le 29 octobre 1910, en pleine grève des chemins de fer. Le Gouvernement est dépourvu de moyens légaux d'obliger à la reprise du travail dans ce secteur jugé stratégique pour les besoins de la défense nationale. En l'espèce, Briand parvient – légalement – à faire cesser la grève en réquisitionnant les cheminots grévistes à titre militaire. Mais il n'exclut pas d'avoir à recourir à l'avenir à l'illégalité :

> « - Et je vous dirai une chose, messieurs, qui va vous faire bondir d'indignation : Si pour défendre l'existence de la nation le Gouvernement n'avait pas trouvé dans la loi de quoi rester maître de ses frontières, s'il n'avait pu disposer à cet effet de ses chemins de fer, c'est-à-dire d'un instrument essentiel pour la défense nationale, eh bien, aurait-il dû recourir à l'illégalité, il y serait allé. »[77]

528. L'idée qu'il existe, aux côtés (voire au-dessus) du principe de légalité, un principe « de continuité des services publics » nécessaire à la continuité et à la sauvegarde de l'Etat irrigue donc progressivement, entre 1906 et 1914, le discours doctrinal et jurisprudentiel. L'objectif poursuivi est de trouver un fondement légitime, sinon légal, aux pouvoirs de l'Exécutif de prévenir ou d'arrêter les grèves ; à la veille de 1914, l'impossibilité gouvernementale d'obliger à la reprise du travail, lorsque l'intérêt national l'exige, fait figure de *« lacune grave de notre droit public »*[78] (L. Rolland). Les affaires *Winkell* et *Rosier*[79], du

---

[76] HAURIOU, M., « Note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.170 et p.172

[77] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2654 – séance du 29 octobre 1910. Le lendemain, le député Adolphe Landry exprime la même idée : *« dans des conditions pareilles, dis-je, c'est le droit du Gouvernement, mieux que cela, c'est le devoir de tout gouvernement digne de ce nom, de mettre ces intérêts supérieurs de la nation, si la nécessité en apparaît, au-dessus même de ses scrupules de légalité. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 2661 – séance du 30 octobre 1910)

[78] ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *art. cit.,* p.600

7 août 1909 – tranchées par le Conseil d'Etat dans le contexte de la grève des Postes, télégraphes et téléphones – posent les premiers jalons de la reconnaissance du principe de « continuité des services publics », dont l'objectif est de tempérer la rigueur du « principe de légalité » pour permettre au Gouvernement de révoquer les fonctionnaires grévistes, en dehors des formes exigées par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905[80]. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement Jacques Tardieu reconnaît d'emblée que *« la continuité est de l'essence du service public »*[81] ; par conséquent, *« [l]e fonctionnaire qui accepte sa nomination, accepte (...) [l'obligation] d'assurer, sans interruption, la continuité du service public, continuité qui est essentielle à la vie nationale. »*[82]. Cette formule justifie la solution du Conseil d'Etat, qui valide sur ce fondement la légalité (ou plutôt couvre l'illégalité) des deux décisions de révocation des fonctionnaires[83]. Dès 1909, et dès avant la Première guerre mondiale, l'exigence de la continuité de l'Etat couvre donc et efface la contrariété des actes administratifs à la loi. La solution est nettement confirmée dans l'affaire *Syndicat national des chemins de fer*[84], tranchée par le Conseil d'Etat le 18 juillet 1913. Il s'agit, cette fois, de justifier les réquisitions de cheminots grévistes (leur appel sous les drapeaux) opérées par le Gouvernement, en octobre 1910, pour mettre fin à la grève. Pour démontrer l'absence de détournement de pouvoir, le commissaire du gouvernement Jacques Helbronner se livre à un véritable plaidoyer en faveur d'une théorie des « pouvoirs de crise », adossée au principe de la continuité des services publics, nécessaire à la continuité de la vie nationale, donc à la sauvegarde de l'Etat :

> « Que le service des transports par chemins de fer soit un service public, nul ne peut le contester. En présence d'une grève générale des agents, chargés de ce service, le Gouvernement avait donc le droit et le devoir d'intervenir, pour en assurer la continuité par tous les moyens légaux dont il pouvait disposer. Messieurs, <u>dans les sociétés organisées, dans les Etats civilisés</u>, au-dessus des intérêts individuels les plus respectables, au-dessus des intérêts collectifs les plus sérieux et les plus justifiés, il y a l'intérêt général, <u>le droit supérieur pour une société, pour une nation, d'assurer son existence et de défendre son indépendance et sa sécurité</u>. (…) Eh bien ! messieurs, parmi les moyens légaux dont il pouvait disposer, le

---

[79] CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier,* Rec. p.826, concl. Tardieu p.1294 ; *S.* 1909.III.145, note Hauriou, concl. Tardieu ; *RDP* 1909.494, note Jèze

[80] Cet article, toujours en vigueur, donne droit aux agents publics à la communication de leur dossier individuel dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

[81] TARDIEU, J., « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1909, p.1302

[82] *ibid.,* p.1303

[83] « cons. que (…), par son acceptation de l'emploi qui lui a été conféré, le fonctionnaire s'est soumis à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public et a renoncé à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale ; »

[84] CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies,* Rec. p.875, concl. Helbronner ; *RDP* 1913.506, concl. Helbronner, note Jèze ; *S.* 1914.3.1, concl. Helbronner, note Hauriou

> Gouvernement avait-il le droit, pour assurer la continuité du service public des chemins de fer, d'employer les moyens dont il s'est servi ? Messieurs, nous vous l'avons rappelé au début de ces observations, dans les guerres modernes, le service des transports par chemin de fer joue un rôle considérable, on peut même dire primordial, pour la mobilisation et la concentration des troupes ; (…) Le service des chemins de fer n'est donc pas seulement un service public, c'est un *service militaire*, dont la permanence et la continuité importent au plus haut point à la défense nationale. (…) [C']est à toute heure, et en tout temps, que cet instrument indispensable à la mobilisation, doit être en parfait état de fonctionnement. Le Gouvernement ne peut pas laisser interrompre le mouvement de ces artères de la vie nationale ; et le ministre de la Guerre ne peut laisser s'arrêter le service des chemins de fer, pas plus qu'il ne peut dégarnir les forteresses ou les garnisons qui couvrent nos frontières. »[85] (on souligne)

Le raisonnement de Jacques Helbronner (suivi par la section du contentieux du Conseil d'Etat) est nettement institutionnaliste (*cf. infra,* n°540 s.). Le pouvoir de réquisition militaire, loin de constituer un détournement de pouvoir, permet d'assurer la mobilisation des troupes armées, donc – en dernier ressort – la sauvegarde de l'Etat. On voit comment le principe de « continuité des services publics » est progressivement employé à tempérer le « principe de légalité ». Dans le contexte des grèves de 1906-1910, l'action de l'Exécutif précède le temps parlementaire ; en témoigne le dépôt de trois projets de loi en décembre 1910, *au lendemain* de la grève des cheminots réprimée dès le mois d'octobre 1910 par décrets et arrêtés du Gouvernement d'Aristide Briand. Force est de constater, qu'en la matière, le pouvoir réglementaire perd son caractère « secondaire et dérivé ». Le principe de la « continuité des services publics » justifie les capacités d'initiative et d'anticipation de l'Exécutif, sans lui permettre toutefois d'agir contre la loi[86]. A la faveur de la nécessité d'assurer la marche de l'Etat en période de grève, les prémices d'une théorie des « circonstances exceptionnelles » sont déjà posées à la veille de 1914. Le principe de la « continuité des services publics » est réceptionné et perfectionné par la doctrine et la jurisprudence sous la Première guerre mondiale ; et autorise désormais l'Exécutif à agir *contra legem.*

b) Assurer la conduite de la guerre

529. Le principe de la « continuité des services publics » trouve à s'épanouir pleinement au cours de la Première guerre mondiale (*cf. supra,* n°128 s.). Nécessaire à la sauvegarde de l'Etat, l'effort de guerre exige le fonctionnement régulier et ininterrompu des services d'intérêt national, non seulement dans le domaine militaire, mais dans l'ensemble des secteurs

[85] HELBRONNER, J., « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1913, p.880

[86] v., les propos de Jacques Helbronner en 1913 : *« le Gouvernement avait donc le droit et le devoir d'intervenir, pour en assurer la continuité par tous les moyens légaux dont il pouvait disposer »* (on souligne) *(ibid.)*

de l'économie nationale (l'industrie, l'agriculture et les services). Le principe de la « continuité des services publics » devient donc le support d'une véritable théorie des « circonstances exceptionnelles » – ou des « pouvoirs de guerre » – autorisant l'Exécutif à enfreindre la législation formelle[87]. *« Tout fléchit devant la loi qui s'impose d'assurer le maintien de l'existence nationale et le salut de l'Etat »*[88], reconnaît Louis Rolland dès janvier 1915. En temps de guerre, assurer la continuité des services, pour assurer l'existence de l'Etat, fait figure de *« loi suprême »*[89] ; supérieure même au principe de la légalité. Bref, la survie du groupe légitime tous les pouvoirs du chef.

530. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat l'admet, dès le 8 août 1914, dans un avis rendu à la demande du ministre de l'intérieur, sur l'interprétation à donner, en temps de guerre, à l'article 84 de la loi du 5 avril 1884 relatif au remplacement des maires absents ou empêchés[90]. La mobilisation générale décapite les conseils municipaux ; nombreux sont les maires et adjoints, envoyés sur le front, empêchés d'exercer leurs fonctions. Dans l'hypothèse où aucun autre conseiller municipal n'accepte de les remplacer, peut-on déroger au régime fixé par l'article 84 de la loi du 5 avril 1884 ? L'Assemblée générale du Conseil d'Etat répond par l'affirmative :

> « Considérant que les services municipaux intéressent au premier chef la défense nationale et qu'il importe que le pouvoir municipal ne soit nulle part un seul instant vacant ;
>
> Considérant que le départ simultané pour l'armée d'un très grand nombre de maires, adjoints et conseillers municipaux pourrait, dans certaines communes, paralyser la vie municipale si l'on s'en tenait à une application trop stricte des articles 84 et 85 de la loi du 5 avril 1884 ;
>
> EST D'AVIS :
>
> Que, dans les circonstances actuelles, il appartient aux préfets de nommer un ou plusieurs délégués investis de la plénitude des fonctions de maires. »[91]

---

[87] Par définition, l'état d'exception autorise *« l'infraction ou la dérogation à une règle que l'organe hétérolimité est tenu de respecter (constante) même si la règle peut être constitutionnelle, légale ou infralégislative et supradécrétale (variable). »* (SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.27-28)

[88] ROLLAND, L., « L'administration locale et la guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.130

[89] *ibid.*

[90] « Article 84 – En cas d'absence, de suspension, de révocation ou de tout autre empêchement, le maire est provisoirement remplacé, dans la plénitude de ses fonctions, par un adjoint, dans l'ordre des nominations, et, à défaut d'adjoints, par un conseiller municipal désigné par le conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau. » (Loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale (J.O.R.F. du 6 avril, p.1857))

[91] CE, Assemblée générale, 8 août 1914, « Demande d'avis présentée par le Ministre de l'Intérieur sur la question de savoir s'il appartient aux Préfets d'assurer la continuité de la vie communale par la nomination d'un délégué investi de toutes les fonctions de maire, dans le cas où ni le maire, ni les adjoints, ni les conseillers municipaux ne peuvent ou ne veulent remplir lesdites fonctions. », n°168777 [En ligne]

Cet avis du Conseil d'Etat est à l'origine d'une circulaire du ministre de l'intérieur, adressée aux préfets, le 10 août 1914. Cette circulaire est ainsi conçue :

> « Lorsque, par la suite du départ pour mobilisation ou de tout autre empêchement, il n'y aura plus dans une commune ni maire, ni adjoint, ni conseillers municipaux acceptant de les remplacer dans les conditions de l'article 84 de la loi du 5 avril 1884, il vous appartiendra de nommer un ou plusieurs délégués pour remplir les fonctions de maire et d'adjoint.
>
> Votre arrêté, pris en vertu de vos pouvoirs généraux d'administration, devra viser à la fois les circonstances actuelles, et d'une façon générale, la loi du 5 avril 1884. »[92] (on souligne).

Perçue comme indispensable à la défense nationale, la continuité de la vie communale autorise donc les préfets à déroger à la loi du 5 avril 1884. En invitant le Gouvernement à ne pas « trop strictement » appliquer la loi, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat reconnaît que la survie du groupe (la vie communale) justifie l'augmentation des pouvoirs du chef (le représentant de l'Etat) quitte à recourir à l'illégalité. Cette solution n'est pas nouvelle en août 1914. Elle résulte de la jurisprudence élaborée dans la décennie précédente pour prévenir et arrêter les grèves ; à la différence néanmoins que la continuité du service public autorise désormais l'Exécutif à agir, non seulement *praeter legem,* mais également *contra legem.*

531. Cette solution est confirmée tout au long de la Première guerre mondiale, alors même que les Chambres sont désormais réunies en session ordinaire, et sans interruption jusqu'à la fin des hostilités, depuis janvier 1915 (*cf. supra,* n°143 s.). La continuité du service public – c'est-à-dire la continuité de *« la vie et la défense du pays »* [93] (L. Rolland) – est progressivement perçue comme légitimant les plus graves atteintes au régime de la légalité, et aux droits individuels. En témoigne le droit de réquisition civile que s'octroie le Gouvernement par décret du 31 octobre 1916. A cette date, vient d'éclater une grève dans la Compagnie des tramways de Paris et du département de la Seine, dont les salariés revendiquent une augmentation de salaire[94]. La grève paralyse rapidement le transport en commun vers les banlieues ouest et nord de Paris. Les ouvriers parviennent péniblement à rejoindre leurs usines, dont certaines intéressent directement la défense nationale. La grève – qui menace de se généraliser aux autres compagnies – provoque bientôt des heurts entre

---

[92] Cette circulaire est reproduite *in :* FELIX, M., « Les municipalités pendant la guerre », *Revue générale d'administration,* 1915, p.207-231, spéc. p.218

[93] ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *art. cit.,* p.609

[94] Sur cet épisode, v., ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *art. cit.,* p.587 et s.

grévistes et usagers. Cette situation conduit le Gouvernement à intervenir. Le 31 octobre 1916, il est à l'origine d'un décret réglementaire aux termes duquel :

> « Pendant la durée de la guerre, lorsque l'arrêt d'une exploitation industrielle ou d'une entreprise de services publics est de nature à compromettre la défense nationale, le Gouvernement prend, en conseil des ministres, toutes les mesures nécessaires pour assurer la continuité de l'exploitation. » [95]

Ce décret synthétise, à lui-seul, la spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire (la manifestation de « l'adaptation réactive » de l'institution pour persévérer dans son être) en période de crise et appelle, à ce titre, plusieurs remarques. D'abord, il est un règlement purement autonome, ce dont témoigne l'absence de visas en tête, ou dans le corps, du texte. Sur le fond, force est de constater qu'il n'est « ni secondaire, ni dérivé » : le décret précède l'intervention du législateur parlementaire ; il faut attendre le 9 novembre 1916 pour que le Parlement soit saisi d'un projet loi sur la question, et attendre le 2 août 1917 la publication d'une loi sur les réquisitions civiles[96]. Le décret du 31 octobre 1916 est donc la complète manifestation d'une fonction « d'initiative et d'anticipation » (P. Brunet). Ensuite, par ce texte, l'Exécutif s'octroie tous les pouvoirs pour assurer le fonctionnement continu, non seulement des services publics de l'Etat (par exemple, les PTT) ou concédés à des entreprises délégataires (par exemple, les compagnies de gaz, de tramways etc.), mais aussi des exploitations industrielles privées qui intéressent la défense nationale. Avec la guerre, la continuité des « services publics » devient synonyme de continuité des *« grands intérêts de la nation »*[97] ; pour le Gouvernement, c'est la continuité de la *« vie économique du pays dont les besoins se lient étroitement aux intérêts de la défense nationale »*[98] qu'il s'agit désormais d'assurer. Les circonstances de guerre engendrent, et accompagnent, les mutations du « service public », dont la conception organique cède progressivement devant la conception matérielle. Le décret du 31 octobre 1916 témoigne effectivement d'un « étatisme de guerre » ; l'Exécutif devient responsable, non seulement de la continuité de l'activité administrative, mais aussi de l'activité économique (industrielle et commerciale), du pays. Là encore, la survie du groupe (*« l'intérêt général du pays »*[99]) légitime les pouvoirs du chef, quitte à s'immiscer dans les relations de droit privé. Elle justifie que l'Exécutif puisse procéder à des

---

[95] Article 1er du décret du 31 octobre 1916 portant que, pendant la durée de la guerre, le Gouvernement prend les mesures nécessaires pour assurer la continuité des exploitations dont l'arrêt est de nature à compromettre la défense nationale (J.O.R.F. du 1er novembre, p.9498)

[96] Loi du 2 août 1917 sur les réquisitions civiles (J.O.R.F. du 4 août, p.6044)

[97] Exposé des motifs du « Projet de loi sur les réquisitions civiles dans l'intérêt de la défense nationale » du 9 novembre 1916, cité par ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris… », *art. cit.,* p.604

[98] *ibid.*

[99] v., l'exposé des motifs du « Projet de loi sur les réquisitions civiles du 9 novembre », *ibid.*

réquisitions civiles, c'est-à-dire – selon les propres termes du Gouvernement – *« soit [à] prise de possession des usines et du matériel, soit [à] la réquisition du personnel »*[100]. Enfin, et par conséquent, le décret du 31 octobre 1916 est sans doute illégal (*contra legem*), ce que confirme l'exigence de ratification mentionnée à l'article 2. Ses dispositions portent incontestablement atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, autant qu'au droit de propriété. Pour Louis Rolland, l'illégalité du décret est donc certaine[101], mais elle est justifiée (c'est-à-dire excusable) parce que la grève – *« anti-sociale au premier chef »*[102] – devient, en période de guerre, un véritable *« crime national »*[103]. Elle autorise l'Exécutif à déroger à la loi, voire à porter atteinte aux libertés individuelles, pour assurer la survie du groupe :

> « Le Gouvernement, écrit Louis Rolland, a le droit d'assurer la continuité de tous les services publics sans exception, quelle que soit la personne morale dont ils dépendent, qu'ils importent ou non à la défense nationale. Bien plus, c'est pour lui un devoir. S'il ne le fait pas, il manque à sa mission qui est d'assurer la persistance de la vie en commun pour laquelle la continuité des services est indispensable ; (…) »[104] (on souligne).

532. Cette idée est exactement consacrée par le Conseil d'Etat, dans son arrêt *Heyriès,* du 28 juin 1918[105]. On y lit :

> « cons. que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le président de la République française est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des lois ; qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute époque, les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner, et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche ; (…) qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ; » (on souligne)

Ainsi, pour la Section du contentieux, le Président de la République est chargé d'assurer, non seulement l'exécution des lois, mais encore « l'exécution des services publics », c'est-à-dire leur continuité. Cette jurisprudence témoigne ici encore d'une conception institutionnaliste du pouvoir réglementaire (*cf. infra,* n°540 s.) ; la marche des services publics justifie les pouvoirs du Président de la République, placé « à la tête de l'administration française ». Il faut entendre cette notion « d'administration », non

---

[100] *ibid.*
[101] ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris… », *art. cit.,* p.604-605
[102] *ibid.,* p.594
[103] *ibid.,* p.597. Louis Rolland se réapproprie ici les propos du ministre Louis Barthou, au Sénat, en 1909.
[104] *ibid.*
[105] CE, Sect. 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. p.651 ; *D.* 1920.III.31 *; S.* 1922.III.49, note Hauriou ; Sur cette jurisprudence, v. aussi, STECK, O., *op. cit.,* p.330-338

simplement dans un sens organique[106], mais encore dans un sens matériel ; plus qu'un supérieur hiérarchique suprême de l'Administration (sens organique), le Président de la République est responsable de l'exécution des services publics, nécessaires à la continuité de la vie nationale (sens matériel). Déjà en 1914, les « pouvoirs généraux d'administration » des préfets justifiaient leurs mesures exceptionnelles pour assurer la continuité de la vie communale (*cf. supra,* n°529). Dans l'affaire *Heyriès*, la dimension organique recoupe encore la dimension matérielle : le requérant, le sieur Heyriès, est un ancien fonctionnaire (dessinateur civil de 2e classe du génie militaire), révoqué par arrêté du ministre de la guerre, et excipe de l'illégalité d'un décret présidentiel suspendant l'application d'une disposition législative (l'article 65 de la loi du 22 avril 1905) applicable aux seuls fonctionnaires et agents de l'Etat (*cf. supra,* n°137 s.). Mais la portée de l'arrêt *Heyriès* s'étend bien au-delà de cette simple hypothèse. Le Conseil d'Etat reconnaît au Président de la République, non seulement le pouvoir d'assurer le fonctionnement continu de l'appareil d'Etat, mais encore le fonctionnement continu de la vie nationale. En témoigne l'arrêt *Société « le Centre électrique »*, du 9 juillet 1920, par lequel le Conseil d'Etat – réitérant exactement les termes de la jurisprudence *Heyriès* – admet la légalité du décret du 31 octobre 1916 autorisant les réquisitions d'entreprises privées, en dehors de toute habilitation législative ou judiciaire[107]. L'affaire concerne cette fois la réquisition d'une société anonyme, productrice d'énergie électrique. Avec la Première guerre mondiale, le principe de « continuité des services publics » acquiert ainsi une formidable extension ; il devient synonyme de continuité des « grands intérêts de la nation » et justifie d'autant l'extension des pouvoirs de l'Exécutif, fût-ce au détriment du principe de légalité.

c) Gérer le transitoire

533. Au milieu du XXe siècle, le principe de la « continuité des services publics » est encore employé à justifier les pouvoirs de l'Exécutif pour gérer le transitoire. Dans le silence de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, il est le support de l'augmentation et de la prorogation des pouvoirs du GPRF pour la mise en place des institutions de la IVe République (i). Dans les années 1950, il est au fondement d'une théorie de l'expédition des affaires courantes en situation de crise ministérielle (ii).

---

[106] Dans ses conclusions sur l'affaire *Mogambury* en 1892, Jean Romieu reconnaît déjà que le Président de la République est le *« chef suprême de l'administration ».* (*Recueil Lebon,* 1892, p.839). Mais, à l'époque, la notion est assurément exclusivement *organique.* Elle érige le Président de la République en simple supérieur hiérarchique et justifie son pouvoir, non pas réglementaire, mais instructionnel.

[107] CE, 9 juillet 1920, *Société « Le Centre électrique »,* Rec., p.681

i) Gérer la transition constitutionnelle de 1945-1946

534. La loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 portant organisation provisoire des pouvoirs publics est entièrement silencieuse sur les pouvoirs du Gouvernement pour la période d'élaboration et de mise en place des institutions de la IVe République. Quant à la Constitution du 27 octobre 1946, elle ne prévoit aucune habilitation générale à légiférer, pendant la période transitoire, jusqu'à la première réunion de l'Assemblée nationale. La volonté de ne pas réitérer une telle lacune constitutionnelle conduira les pères de la Ve République, à rédiger l'article 92 de la Constitution de 1958 (*cf. infra*, n°1062 s.). En 1946, cette situation de « vide juridique » conduit le Gouvernement provisoire et – chose rare – le président de l'Assemblée nationale constituante à solliciter du Conseil d'Etat des avis sur l'étendue des pouvoirs de l'Exécutif au cours du processus constituant.

535. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat se montre très sourcilleuse de la continuité de l'Etat au cours de la période transitoire. Elle en confie la mission au Gouvernement provisoire – cette puissance « toujours sur pied » (B. Montay) depuis la Libération – en augmentant et prorogeant son pouvoir réglementaire jusqu'à la mise en place des nouvelles institutions de la IVe République. En l'absence de texte (c'est-à-dire d'habilitation écrite), le principe de « continuité des services publics » sert de support exclusif à la justification de l'existence et de l'extension des pouvoirs de l'Exécutif. L'Assemblée générale l'admet clairement dans une séance du 21 mars 1946[108], cinq mois seulement après l'arrêt *Aramu*[109]. Elle est saisie de la question de savoir si le Gouvernement provisoire conserve, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 2 novembre 1945, le pouvoir d'ouvrir des crédits additionnels par décrets[110]. Au nom de la Section des finances, le rapporteur, le conseiller Henry Puget souligne d'emblée l'intérêt stratégique de la question :

> « Vous êtes saisis d'une question extrêmement délicate qui concerne les rapports entre les pouvoirs publics et qui présente non seulement un aspect financier mais aussi à divers égards un caractère constitutionnel. Il s'agit, en effet, de déterminer quelle est l'étendue des droits de l'Exécutif au regard du pouvoir législatif qui appartient à la représentation. (…) Il y a incontestablement un intérêt

[108] CE, Assemblée générale, 21 mars 1946, n°238156 ; dossier conservé aux archives nationales dans le fonds d'Archives Privées de René Cassin sous la cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine. Les débats en Assemblée générale sont conservés sous la cote 19990026/1, dossier n°43 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine

[109] CE, 26 octobre 1945, *Aramu,* Rec. p.213 ; *S.* 1946.3.1, concl. Odent ; *D.* 1946.158, note Morange

[110] Sur la définition et la généralisation du recours aux crédits additionnels sous les IIIe et IVe Républiques, v. BAUDU, A., *Contribution à l'étude des pouvoirs budgétaires du Parlement en France,* Paris : Dalloz, 2010, 681 pages, spéc. p.204-218.

public à ce que le Gouvernement puisse dispose de crédits additionnels. (…). Dans les temps difficiles où nous sommes, l'Exécutif ne doit pas être paralysé. »[111]

536. Dans le silence des textes[112], c'est au prix d'un *« certain effort d'interprétation »*[113] que l'Assemblée générale parvient à faire survivre les habilitations qui, antérieurement à 1940, fixaient les pouvoirs financiers du Gouvernement[114]. En réalité, ce sont les « principes généraux du droit » – particulièrement le principe de la continuité de l'Etat – qui justifient la solution retenue. Le vice-président René Cassin l'admet sans détour :

> « Nous devrions dire que ce sont les principes de notre droit public qui sont restés intacts, malgré les événements de la guerre. (…) Il y a, par exemple, des quantités de cas qui ne sont pas prévus à l'heure actuelle par des dispositions écrites, et notamment celle qui prévoit le droit de grâce par le Chef de l'Etat. Si le Chef du Gouvernement use du droit de grâce, c'est par une survivance des principes de notre droit public. (…) En résumé, on peut dire qu'il y a une quantité d'attributions gouvernementales qui survivent (…) Ce sont les principes généraux du droit public français. »[115]

Ainsi, contrairement à l'idée reçue[116], les « principes généraux du droit » ne sont pas uniquement imaginés, à la Libération, pour réaffirmer la suprématie des idéaux de 1789 et assurer la protection des droits et libertés individuels contre les textes de Vichy ; ils servent également de justification à la prorogation et à l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif, pour assurer la continuité de l'Etat – consubstantielle à la persévérance dans l'être de « l'idée d'œuvre républicaine » (*cf. supra,* n°515).

537. Une solution identique est rendue, le 23 mars 1946, par l'Assemblée générale consultée – à la demande, cette fois, du président de l'Assemblée nationale constituante – sur les modalités de promulgation de la nouvelle constitution. L'absence d'archives ne permet pas, ici, de retracer précisément le déroulement des débats. Néanmoins, les formules de l'avis ne laissent place à aucune ambiguïté. Dans le silence de la loi du 2 novembre 1945, le Conseil d'Etat considère, qu'au terme du processus constituant, le Gouvernement provisoire (c'est-à-

---

[111] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 21 mars 1946, n°238156 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/1, dossier n°43, p.1-2, p.6 et p.7

[112] v. les propos du rapporteur Puget : *« Il vaudrait mieux qu'il y eût une loi, mais on nous demande d'intervenir de façon incidente, de façon à laisser toute liberté au Gouvernement »* (*ibid.,* p.18)

[113] *ibid.,* p.7

[114] *« Dans ces conditions votre Section des finances a pensé qu'en faisant un certain effort d'interprétation, mais un effort qui n'était pas abusif, nous pouvions admettre que la législation républicaine incorporée dans ces lois de 1921, 1922, 1938, et dans le décret-loi de 1938, continuait à s'appliquer à l'heure actuelle et que le Gouvernement pouvait en faire usage et maintenant et pendant la période intermédiaire »* (*ibid.*). Sur ces habilitations antérieures, v. BAUDU, A., *Contribution à l'étude des pouvoirs budgétaires du Parlement en France, op. cit.,* p.204-212

[115] Débats en Assemblée générale, sous CE, Assemblée générale, 21 mars 1946, n°238156 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/1, dossier n°43, p.13-14

[116] v., par exemple, JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative,* Paris : Sirey, 1954, 287 pages, spéc. p.3

dire l'Exécutif) devra survivre à l'Assemblée constituante, avec la plénitude de ses attributions, non seulement jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, mais encore jusqu'à la désignation des *« nouveaux titulaires du pouvoir exécutif »* :

> « Qu'il est en effet indispensable d'assurer la permanence de l'Etat et que, dans le cas où la date du 6 juin 1946 marquant aux termes de l'article 6 [de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945], la limite extrême de la vie de l'Assemblée, viendrait à échéance avant la mise en application de la Constitution nouvelle, aucune disposition ne prévoit la fin des pouvoirs du Gouvernement ; que celui-ci doit, au contraire, survivre à l'Assemblée pour assurer la mise en place des nouveaux organismes ou le cas échéant, pour faire procéder à l'élection d'une nouvelle Assemblée conformément à l'article 7 de la loi ; »[117] (on souligne)

538. La permanence de l'Etat est donc, conformément à la théorie institutionnaliste, le support de la justification des pouvoirs de l'Exécutif, en dehors de toute habilitation écrite. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat confirme encore cette solution le 17 avril 1946, en se fondant encore expressément sur les *« principes généraux du droit public français »*[118]. Ainsi, le principe de la continuité des services publics, déclinaison du principe de la continuité de l'Etat, est progressivement perçu par le Conseil d'Etat – et la doctrine jusnaturaliste (*cf. infra*, n°574 s.) – comme justifiant *l'imperium* de l'Exécutif. La théorie de « l'expédition des affaires courantes » procède d'une même philosophie.

ii) Expédier les affaires courantes

539. Le principe de la « continuité des services publics » est à l'origine d'une théorie de « l'expédition des affaires courantes » qui justifie la prorogation des pouvoirs de l'Exécutif en période de crise ministérielle. La théorie est ancienne[119] mais retrouve une actualité à

---

[117] CE, Assemblée générale, 23 mars 1946, « Demande d'avis sur les modalités qu'il convient de prévoir pour la promulgation de la future constitution », n°238241 ; dossier conservé aux archives nationales dans le fonds d'Archives Privées de René Cassin sous la cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947 ; Avis confidentiels rendus par le Conseil d'Etat sur l'application de la Constitution de 1946-1947 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine. Les débats en Assemblée générale sont manquants.

[118] *« le Gouvernement provisoire resterait, en vertu, tant de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945 que des principes généraux du droit public français chargé d'assurer la permanence de l'Etat jusqu'à la désignation des nouveaux titulaires de la fonction exécutive. Que, pendant cette période, il demeurerait investi des attributions traditionnelles du pouvoir exécutif et pourrait notamment faire usage, pour l'ouverture de crédits additionnels, des dispositions antérieures à la loi du 2 novembre précitée »* (on souligne) v. CE, Assemblée générale, 17 avril 1946, n°238372 ; dossier conservé aux archives nationales dans le fonds d'Archives Privées de René Cassin sous la cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947 ; Avis confidentiels rendus par le Conseil d'Etat sur l'application de la Constitution de 1946-1947 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine. Les débats en Assemblée générale sont conservés sous la cote 19990026/1, dossier n°68 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine

[119] v., par exemple, la partie non officielle du *Journal officiel* du 31 mars 1885 : *« Le président du conseil* [nda : Jules Ferry] *et les ministres ont remis leurs démissions entre les mains de M. le Président de la République* [nda : Jules Grévy]*, qui les a acceptées. Les ministres demeurent chargés de l'expédition des affaires courantes jusqu'à la nomination de leurs successeurs »* (p.1742). La pratique est fréquente au XIXe siècle.

l'épreuve du « parlementarisme absolu ». A la différence des lois constitutionnelles de 1875, sous l'empire desquelles le Président de la République demeurait titulaire du pouvoir réglementaire même en cas de démission collective des ministres, la Constitution du 27 octobre 1946 est silencieuse sur les pouvoirs d'un président du Conseil démissionnaire[120]. Or, la versatilité des majorités parlementaires sous la IVe République confère rapidement un intérêt particulier à la question[121]. Dans une affaire *Syndicat régional des Quotidiens d'Algérie*[122], du 4 avril 1952, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat admet, sur les conclusions conformes de Jean Delvolvé, la prorogation des pouvoirs d'un Gouvernement démissionnaire. Le commissaire du gouvernement justifie cette solution par le constat :

> « [d']une inéluctable nécessité, celle de la continuité d'un minimum de pouvoir exécutif pour parer aux besoins de l'Etat. Le pouvoir d'assurer les affaires courantes n'est que la conséquence de cette nécessité. (…) Ainsi les affaires courantes nous apparaissent-elles (…) comme la zone limitée de la compétence exceptionnelle d'un Gouvernement dont le pouvoir ne repose plus sur aucun autre fondement que sur les nécessités de l'Etat. »[123] (on souligne)

Le raisonnement est nettement institutionnaliste ; rien d'étonnant de la part de celui qui fut l'un des derniers élèves de Maurice Hauriou à Toulouse dans les années 1920[124]. Il est une transposition, au plus haut niveau de l'Etat, de la théorie des « fonctionnaires de fait », imaginée au début du XXe siècle, tant pour protéger l'intérêt légitime des tiers, que pour assurer la continuité des services publics[125]. Ainsi, la théorie de « l'expédition des affaires courantes » est-elle une énième déclinaison de la justification des pouvoirs de l'Exécutif pour assurer l'existence de l'Etat, c'est-à-dire la survivance du groupe, en période de crise. Elle témoigne d'une conception institutionnaliste du pouvoir réglementaire.

---

[120] En cas de dissolution, l'article 52 de la Constitution de 1946 admet certes le maintien en fonction du Cabinet pour l'expédition des affaires courantes. Mais la Constitution demeure silencieuse sur les pouvoirs du Cabinet après démission volontaire ou mise en jeu de sa responsabilité.

[121] Jean Massot compte 250 jours d'expédition des affaires courantes sous la IVe République. L'expédition des affaires courantes est ouverte au jour de l'acceptation de la démission du Gouvernement par le Président de la République, jusqu'à la nomination du nouveau Gouvernement. (MASSOT, J., « Le Président du Conseil », *Pouvoirs,* 1996, n°76, p.45-58, spéc. p.55)

[122] CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des Quotidiens d'Algérie « La Dépêche Algérienne » et « l'Echo d'Oran »,* Rec. p.210 ; *S.* 1952.3.49, concl. Delvolvé ; *RDP* 1952.1029, note Waline ; *JCP* 1952.II.7138, note Vedel ; *Gaz. Pal.* 1952.1.261, concl. Delvolvé ; *GAJA,* 1ère éd., 1956, p.348 ; *D.* 1952, chron. 65, Lachaze

[123] DELVOLVE, J., « Conclusions », *Recueil Sirey,* 1952, 3e partie, p.51-52

[124] v. BLANQUER, J.-M., MILET, M., *L'invention de l'Etat : Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne,* Paris : Odile Jacob, 2015, 394 pages

[125] JEZE, G., « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP,* 1914, p.48-144, spéc. p.53 et s. Gaston Jèze propose la définition suivante : *« Le* fonctionnaire de fait *est celui qui,* dans certaines conditions de fait, *occupe la fonction, exerce la compétence, accomplit l'acte, à la suite d'une investiture* irrégulière *; il invoque une investiture : nomination, élection, délégation, etc., mais cette investiture est* irrégulière *; ou bien elle a été irrégulière* dès l'origine *: nomination, élection, délégation illégales ; ou bien le titre d'investiture est* périmé *: révocation, suspension, démission acceptée, dissolution, expiration du délai, nomination ou élection à une fonction incompatible, etc. »* (on souligne) (p.59)

2) Les arrêts *Winkell, Heyriès, Couitéas* et *Dehaene* : une filiation institutionnaliste

540. Dans la théorie de l'institution, la survie du groupe légitime tous les pouvoirs du chef. Ainsi s'entend la fonction disciplinaire – la fonction de protection de « l'idée d'œuvre » institutionnelle – qu'occupe chez Hauriou le pouvoir réglementaire (*cf. supra,* n°518 s.). Cette conception institutionnaliste irrigue, bon an, mal an, l'ensemble des arrêts susmentionnés dans le paragraphe précédent ; dans la première moitié du XXe siècle, elle est au fondement de l'émergence d'un principe de « continuité des services publics » censé tempérer la rigueur du « principe de légalité » ; elle autorise l'existence des pouvoirs des « fonctionnaires de fait », autant que l'extension des pouvoirs des « fonctionnaires de droit ». Elle justifie *tous les pouvoirs* de l'Exécutif (fût-ce *praeter legem,* ou *contra legem*, voire attentatoire aux droits et libertés individuels) lorsqu'il s'agit d'assurer la sauvegarde de la République, et les idéaux – ceux de 1789 – qui en constituent la raison d'être. La conception institutionnaliste irrigue donc les solutions jurisprudentielles qui valident les pouvoirs du Président de la République pour prévenir ou arrêter les grèves (affaires *Winkell* de 1909), pour assurer la conduite de la guerre (affaire *Heyriès* de 1918) ou pour préserver l'ordre et la sécurité dans un pays de protectorat (affaire *Couitéas* de 1923). Dans toutes ces hypothèses, c'est la *« légitime défense de l'Etat »*[126] – l'expression est de Maurice Hauriou – qui justifie l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif ; il existe incontestablement une filiation institutionnaliste entre ces différentes affaires, qui explique d'ailleurs l'intérêt doctrinal que leur porte le maître de Toulouse, dans ses notes d'arrêts au *Recueil Sirey*.

541. Dans ces trois affaires – *Winkell, Heyriès* et *Couitéas* – à laquelle on ajoute l'affaire *Dehaene,* la sauvegarde du groupe légitime effectivement les pouvoirs du chef. On l'a vu, aux yeux de la doctrine de l'époque, et pour le Conseil d'Etat, la grève passe pour *« anti-sociale au premier chef »* [127] (L. Rolland). Son caractère insurrectionnel, voire révolutionnaire, conduit même Maurice Hauriou à y voir une situation de « guerre », justifiant d'y répondre par un « droit de la guerre » (*cf. supra*, n°527). Au début du XXe siècle, dans un contexte d'internationale ouvrière et de structuration du syndicalisme révolutionnaire, la grève n'est pas seulement perçue comme une menace pour l'ordre public, et le fonctionnement des services publics ; elle représente une véritable menace pour l'individualisme bourgeois,

[126] HAURIOU, M., « Note sous CE, Sect., 28 juin 1918, *Heyriès* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.83 ; HAURIOU, M., « Note sous CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.708

[127] ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris… », *art. cit.,* p.594

qu'incarne encore la République parlementaire. En somme, elle met en danger la « vie de l'Etat », voire les fondements individualistes de « l'idée républicaine »[128] elle-même. Ces considérations expliquent la filiation institutionnaliste – perçue par Maurice Hauriou – entre les arrêts *Winkell* et *Heyriès.* Dans ces deux situations, le recours à l'illégalité paraît nécessaire à la sauvegarde de l'Etat ; les termes employés par le maître de Toulouse ne trompent pas. En 1922, il justifie la solution de l'arrêt *Heyriès* dans des termes presque identiques à ceux qu'il employait en 1909 à propos de l'arrêt *Winkell*[129]. Dans les deux cas, il s'agit d'assurer *« la légitime défense de l'Etat. »* contre des forces perturbatrices de l'ordre social ou politique (*cf. infra*, n°543).

542. Le langage d'Hauriou, et l'expérience de la Première guerre mondiale, ne sont sans doute pas étrangers à la solution de l'arrêt *Couitéas* du 30 novembre 1923[130]. L'expulsion de 8000 autochtones des terres de Basilio Couitéas, en Tunisie, entraînerait incontestablement de graves troubles à l'ordre et à la sécurité publics, dans un pays placé sous protectorat français. Pour justifier le refus de concours de la force publique – auquel avait droit le propriétaire terrien en vertu d'une décision de justice – le commissaire du gouvernement Rivet adopte un raisonnement nettement institutionnaliste. Après avoir rappelé les termes de la jurisprudence *Heyriès,* il s'exprime de la façon suivante :

> « Si vous avez cru pouvoir, dans ces différentes hypothèses, disculper l'autorité administrative du grief d'excès de pouvoir qui était formulé contre elle, c'est qu'il vous est apparu que, si essentiels que fussent les principes dont on invoquait la violation, il en était un, qui, par son importance, devait les primer tous, à savoir la nécessité pour la société de vivre, et le devoir pour le Gouvernement, chargé par la Constitution, d'assurer, en tous temps, la marche de la machine administrative, de recourir, à l'occasion, aux moyens exceptionnels qui, seuls, peuvent en empêcher l'arrêt.
>
> Ce que vous avez déclaré maintes fois dans les décisions constitutives ce qu'on a appelé votre « jurisprudence de guerre », nous vous demanderons, pour des raisons identiques de le proclamer encore aujourd'hui.
>
> C'est bien là le moyen de défense tiré des nécessités vitales du pays. Le Président de la République, qui, aux termes de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, « dispose de la force armée », a estimé qu'une raison majeure s'opposait à sa mise en action, et a, à titre exceptionnel, suspendant l'effet de la

[128] Sur la critique socialiste des fondements bourgeois de l'Etat républicain, v. NICOLET, C., *op. cit.,* p.470 et s.

[129] En 1909, sous l'arrêt *Winkell*, il écrit : *« c'est très joli, les lois ; mais il faut avoir le temps de les faire et il s'agit de ne pas être morts avant qu'elles ne soient faites. »* (HAURIOU, M., « Note sous CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.177.) En 1922, sous l'arrêt *Heyriès,* il écrit : *« Eh ! oui – D'abord gouverner et administrer ; ensuite exécuter la loi, – ce qui signifie : vivre d'abord, et ensuite, vivre régulièrement, toujours dans les circonstances normales, autant qu'on le peut dans les circonstances anormales. »* (HAURIOU, M., « Note sous CE, 28 juin 1918, *Heyriès* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.82)

[130] CE, 30 novembre 1923, *Couitéas,* Rec. p.789 ; *D.* 1923.3.59, concl. Rivet ; *RDP* 1924.75 et 208, conc. Rivet et note Jèze ; *S.* 1923.3.57, note Hauriou, concl. Rivet

formule exécutoire apposée, en son nom, sur la minute du jugement. »[131] (on souligne)

La solution de l'arrêt *Couitéas* est donc identique, dans son principe, à celle de l'arrêt *Heyriès.* Le recours à l'illégalité – ici l'inexécution (ou la suspension de l'exécution) d'une décision de justice revêtue d'autorité de chose jugée – est légitimée par des raisons jugées d'intérêt supérieur pour la sauvegarde de l'Etat. Là encore, la survie du groupe (il s'agit ici d'un pays sous « protection » française) légitime tous les pouvoirs du chef, même illégaux. L'exécution des lois et décisions de justice est secondaire par rapport à la nécessité pour une société de vivre. Le commissaire du gouvernement Rivet n'hésite d'ailleurs pas à faire « primer » le principe d'ordre public (la sécurité de l'Etat, pour assurer la sauvegarde de sa d'être) sur le principe de légalité et d'exécution des décisions de justice. En l'espèce, l'expulsion de 8000 autochtones tunisiens des terres qu'ils occupaient depuis des décennies, voire des siècles, eût risqué de déclencher une émeute insurrectionnelle, et mis en danger la « raison d'être » du protectorat français en Tunisie.

543. La lignée institutionnaliste entre les arrêts *Winkell, Heyriès* et *Couitéas* est donc certaine. Maurice Hauriou ne manque pas de la remarquer. Et synthétise, en 1923, sa pensée de la façon suivante :

> « Il s'agit donc bien de la résurrection de l'ancienne *raison d'Etat* ; on l'appelle maintenant *nécessités vitales du pays* ; nous préférons lui donner le nom moins dangereux de *légitime défense de l'Etat,* parce que ce nom rappelle au moins qu'il faut que l'Etat ait à se défendre contre un péril actuel pour que le pouvoir exécutif soit ainsi *lege solutus* (…). La jurisprudence, ayant eu à forger cette arme pour la période de guerre, parce que le législateur avait commis l'imprudence de ne pas voter une loi de pleins pouvoirs, élargit maintenant l'emploi de cette arme ; voilà qu'elle l'emploie à propos de maintien de l'ordre dans un pays de protectorat ; elle l'emploiera demain à propos d'affaire de grèves de fonctionnaires ou de cheminots, et ne l'avait-elle pas déjà employée d'une façon instinctive dans les affaires *Winkell et Rosier (...)* et *Tichit (...),* suites à la grève des postiers ? »[132] (on souligne)

A l'épreuve des crises de la première moitié du XXe siècle, la « légitime défense de l'Etat » – ou l'idée de « salut public » – sont donc à l'origine d'un renouveau des doctrines de la *necessitas*[133] qui témoignent de mutations dans la conception républicaine du pouvoir réglementaire. Sa fonction, son champ et son fondement deviennent irréductibles à

[131] RIVET, « Conclusions », *RDP,* 1923, p.91-92

[132] HAURIOU, M., « Note sous CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.718

[133] Pour une approche historique, v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.532 et s.

« l'exécution des lois ». (*cf. infra,* n°574 s.) L'Exécutif acquiert la mission de se substituer au législateur parlementaire lorsque les circonstances l'exigent.

544. La théorie institutionnaliste irrigue encore la jurisprudence du Conseil d'Etat sous la IVe République ; en témoigne l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950[134] rendu, lui aussi, dans un contexte de grave crise sociale. L'entrée dans la « guerre froide » marque la rupture avec le parti communiste, relégué dans l'opposition à la « troisième force ». En 1947, la hausse des prix se traduit rapidement par des émeutes et par des grèves, quasiment ininterrompues, entre avril et novembre. A cette date, la grève devient générale dans les mines. Début décembre, Robert Schuman rappelle le contingent et dépose des textes tendant à durcir la répression des entraves à la liberté du travail. La grève, qui touche les entreprises nationalisées dès 1947, s'étend à la fonction publique en mars 1948. Le Gouvernement réagit en adressant aux préfets des circulaires et instructions ministérielles leur prescrivant de sanctionner les fonctionnaires grévistes. En juillet 1950, alors que les esprits sont encore marqués par les événements de 1948 – finalement réprimés dans une *« exceptionnelle brutalité »*[135] – l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat valide rétrospectivement les initiatives de l'Exécutif pour arrêter les grèves ; en dépit des termes du préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'Etat admet la limitation du droit de grève pour les fonctionnaires. La sauvegarde de l'Etat – qui s'exprime, ici encore, par le prisme du principe de « continuité des services publics » – justifie le pouvoir réglementaire « supplétif » du Gouvernement, c'est-à-dire le pouvoir (*praeter legem*) de se substituer au Parlement pour réglementer, et limiter, le droit de grève. Là encore, le raisonnement du commissaire du gouvernement Gazier est nettement institutionnaliste. Après avoir rappelé la législation en vigueur, il s'exprime ainsi :

> « Ce sont, Messieurs, des considérations moins strictement juridiques, mais plus pressantes, encore que beaucoup plus difficiles à peser, qui vont dicter notre choix. (…) Le Gouvernement seul (…) est responsable devant les représentants de la Nation de la bonne marche des services publics. Admettre sans restriction la grève des fonctionnaires ; ce serait ouvrir des parenthèses dans la vie constitutionnelle et, comme on l'a dit, consacrer officiellement la notion d'un Etat à éclipses. Une telle solution est radicalement contraire aux principes les plus fondamentaux de notre droit public. Vous ne sauriez vous y arrêter. »[136] (on souligne)

---

[134] CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* Rec. p.426 ; *RDP* 1950.691, concl. Gazier, note Waline ; *JCP* 1950.II.5681, concl. Gazier ; *RA* 1950.366, concl. Gazier, note Liet-Veaux; *Dr. soc.,* 1950.317, concl. Gazier ; *S.* 1950.3.109, note J.D.V ; *D.* 1950.538, note Gervais.

[135] RIOUX, J.-P., *La France de la quatrième République. 1, L'ardeur et la nécessité : 1944-1952, op. cit.,* p.213

[136] GAZIER, F., « Conclusions », *RDP, art. cit.,* p.705. Il en résulte que, si la grève n'est désormais plus illicite, *« l'autorité exécutive tire des nécessités du maintien de l'ordre public le pouvoir d'en limiter l'exercice sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. »* (*ibid.,* p.706)

La *necessitas* domine l'ensemble des conclusions du commissaire du gouvernement Gazier[137]. La doctrine de l'époque ne s'y trompe pas ; Marcel Waline, Jean Rivero et Georges Vedel rapprochent l'arrêt *Dehaene* de l'arrêt *Heyriès*[138]. Ils y voient une filiation jurisprudentielle légitimant tous les pouvoirs de l'Exécutif lorsqu'il s'agit d'assurer la continuité des services publics, essentiels à la continuité de la vie nationale et à la sauvegarde de l'Etat.

545. Conclusion. Les crises de la première moitié du XXe siècle témoignent donc d'une mutation des fonctions du pouvoir réglementaire républicain. Aux mains d'un Exécutif « toujours sur pied »[139], agissant *uno solo,* et avec la force de la décision exécutoire « par sa seule vertu », le règlement est le meilleur instrument de « l'adaptation réactive » de l'Etat. Il permet à l'institution – à son « idée d'œuvre » – de persévérer dans son être, quelles que soient les circonstances de temps et de lieu. Avec les grèves des années 1900, la Première guerre mondiale et les crises de l'entre-deux guerres, le pouvoir réglementaire devient l'instrument de la sauvegarde de la République parlementaire et des principes de 1789. Dans le silence des lois constitutionnelles de 1875 et 1946 (*cf. supra,* titre précédent), la « théorie de l'institution » et le principe de « continuité des services publics » sont des montages théoriques et jurisprudentiels imaginés pour justifier l'existence et l'extension de l'*imperium* de l'Exécutif, en ces périodes de crises. Les pères de la Ve République prendront acte de ces évolutions, et corrigeront cette lacune constitutionnelle. L'article 16 de la Constitution de la Ve République n'est qu'une mise en conformité du droit et du fait. La réserve de « pouvoirs exceptionnels » qu'il reconnaît au Président de la République n'est rien d'autre que la *constitutionnalisation* d'une prérogative dont les fondements ne reposaient plus – au milieu du XXe siècle – que sur l'idée jusnaturaliste de *necessitas* (*cf. infra*, n°574 s.). Toujours est-il que cette spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire – assurer la sauvegarde de l'Etat en période de crise – paraît irréductible à une simple fonction « d'exécution des lois ».

---

[137] Pour une analyse institutionnaliste de l'arrêt *Dehaene,* v. BEAUD, O., « L'Etat », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1,* Paris : Dalloz, 2011, 842 pages, p.207-267, spéc. p.244 et s.

[138] WALINE, M., « La grève des agents des services publics », *RDP, art. cit.,* p.699-700 ; RIVERO, J., « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat », *art. cit.,* p.592 ; VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.39

[139] MONTAY, B., *op. cit.,* p.480 et s.

§2. Gouverner

546. Les crises du XXe siècle révèlent l'impossible subsomption de l'intégralité du pouvoir réglementaire sous la « fonction d'exécution des lois ». Assurer la sauvegarde de l'Etat, garantir la survie et l'existence du groupe social, n'a rien d'une fonction *secondaire.* Au contraire, lorsque les circonstances l'exigent, elle justifie l'atteinte au « principe de la supériorité de la loi » ; elle légitime tous les pouvoirs de l'Exécutif, fussent-ils *praeter* ou *contra legem* (*cf. supra,* n°540 s.). Face à ce constat, certains auteurs – qu'on peut qualifier d'hétérodoxes – n'hésitent pas à rompre avec le *credo* du constitutionnalisme républicain radical ; loin de réduire le pouvoir réglementaire à l'exercice d'une « fonction d'administration » (secondaire et dérivée), ils théorisent l'existence d'une « fonction gouvernementale », pensée comme une fonction initiale de décision (A), susceptible d'englober les manifestations spontanées et discrétionnaires du pouvoir réglementaire (B).

A- La fonction gouvernementale, fonction d'initiative

547. D'un point de vue rationnel, la « fonction gouvernementale » est défectueuse[140] ; elle ne donne à voir aucune « manière de faire » spécifique[141] (B. Montay), et exacerbe les considérations organiques, sans rompre avec les considérations matérielles ; Eisenmann y voit *« une faute rationnelle »*[142]. Le détour par la fonction gouvernementale demeure néanmoins indispensable à la compréhension de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Du point de vue de l'histoire des idées, en effet, la fonction gouvernementale est une entreprise de justification des pouvoirs de l'Exécutif, irréductibles à l'exécution des lois[143]. Imaginée au XIXe siècle, pour expliquer – ou justifier – l'injusticiabilité contentieuse de certains actes de l'Exécutif (« les actes de gouvernement »), la fonction gouvernementale est réinvestie d'un sens fort par la doctrine hétérodoxe du XXe siècle : refusant de la cantonner à l'intelligence des « actes de gouvernement », elle est érigée en fonction d'initiative et de direction de la vie

---

[140] v. notamment, EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.300 et s. ; et plus récemment, MONTAY, B., *op. cit.,* p.21 et s., et p.333 et s. ; v. encore, LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.161-162

[141] MONTAY, B., *op. cit.,* p.25 et s., et p.333-334 La « fonction gouvernementale » ne procède d'aucune considération tirée des « manières de faire » un acte, au regard des différentes variables qui concourent à sa formation (*ibid.*) ; v. déjà, EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.301

[142] *ibid.,* p.301

[143] Pour une mise en perspective historique et critique, v. SERRAND, P., « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Juspoliticum,* n°4, 2010

nationale (1) et permet de légitimer l'extension des pouvoirs de l'Exécutif, particulièrement son pouvoir réglementaire (2)[144].

1) L'originalité de la fonction gouvernementale : penser l'initialité de l'action de l'Exécutif

548. Lorsqu'elle en admet l'existence, la doctrine s'entend sur la définition de la fonction gouvernementale ; elle est la part de l'activité de l'Exécutif non réductible à l'exécution d'une volonté antérieure, particulièrement à celle du Parlement. Là réside, au-delà de toutes les considérations relatives à l'objet, aux actes, ou aux buts, la véritable spécificité de la fonction gouvernementale par rapport à la fonction administrative ; à la différence de celle-ci – caractérisée par sa dimension « secondaire et dérivée » – celle-là se caractérise par sa dimension « initiale et spontanée ». Ainsi, la fonction gouvernementale se définit par son caractère *primaire* dans l'élaboration du droit, tandis que la fonction administrative l'est par son caractère *secondaire.* Gouverner, c'est agir en premier ; c'est donc donner la direction à suivre. Administrer, c'est agir en second ; c'est donc suivre cette direction.

549. Dans le constitutionnalisme républicain, pétri des *« hantises »*[145] (C. Nicolet) du pouvoir personnel, la fonction gouvernementale embarrasse. Elle est admise du bout des lèvres par la doctrine positiviste – incarnée, par exemple, par Carré de Malberg et son disciple René Capitant[146] – pour expliquer la théorie des « actes de gouvernement », que le Conseil d'Etat refuse d'abandonner. Expliquer le droit positif (telle est l'entreprise avouée du maître de Strasbourg) suppose donc d'admettre l'existence d'une fonction gouvernementale, non conditionnée par la loi parlementaire. Mais alors, ces auteurs cherchent à la minimiser. Pour Carré de Malberg, elle ne s'exerce que sur le fondement d'habilitations constitutionnelles spéciales[147], très expressément énumérées par les lois constitutionnelles de 1875, dans les rares hypothèses où celles-ci ne conditionnent pas l'action de l'Exécutif à l'existence préalable d'une loi à exécuter (négociation et ratification des traités, initiative des lois, droit de grâce etc.) Et encore, tout le raisonnement de Carré de Malberg consiste à démontrer que,

---

[144] La distinction retenue (« originalité » / « force ») est empruntée à Guillaume Tusseau dans son analyse des stratégies argumentatives (v. *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.597 et p.599)

[145] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267

[146] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.523 et s. ; v. encore, CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français, 1955-1956, op. cit.,* p.16 et s. et p.29 et s. ; CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *art. cit.,* p.145 et s.

[147] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.529 et s., spéc. p.544-545

pour n'être pas conditionnés par les lois ordinaires, les « actes de gouvernement » n'en restent pas moins conditionnés par les lois constitutionnelles ; c'est-à-dire, en dernière analyse, par une volonté parlementaire de même nature qu'en matière législative ordinaire[148]. Ainsi, demeurent-ils des manifestations d'une puissance *ex lege.* Ces considérations conduisent Carré de Malberg à rapatrier la fonction gouvernementale dans la fonction administrative, entendue *« lato sensu »* (pour les besoins de la cause), *« s'exerçant conformément à l'ordre établi dans l'Etat »*[149]. Ainsi, dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, la théorie des « actes de gouvernement » n'est donc qu'un chapitre de la « fonction administrative ». Dans cette conception, la fonction gouvernementale est purement négative ; elle est le résidu de ce que la Constitution n'inclut pas dans la « fonction d'exécution des lois » ; elle n'est, en somme, qu'une simple *exception* à la règle de la légalité de l'action de l'Exécutif dans la République parlementaire.

550. Tout l'effort de la doctrine républicaine positiviste consiste donc à réduire la fonction gouvernementale à la portion congrue, exclusivement cantonnée à l'explication des « actes de gouvernement » que le Conseil d'Etat fait invariablement survivre sous la République parlementaire. Dans les années 1950, René Capitant affirme encore que cette catégorie renvoie à *« prérogatives mineures »*[150], et s'efforce d'en démontrer la *« subordination au pouvoir législatif »*[151]. Tous les auteurs n'adoptent cependant pas cette conception restrictive, résiduelle et négative de la fonction gouvernementale. A la faveur des crises du XXe siècle, ils la réinvestissent d'un sens fort. Maurice Hauriou y voit la fonction de « veiller au salut de l'Etat » (a) ; Georges Burdeau, celle de « faire la loi » (b).

a) Maurice Hauriou : gouverner, c'est « veiller au salut de l'Etat »[152]

551. Maurice Hauriou – et la doctrine institutionnaliste – adoptent une conception positive, générale et extensive de la fonction gouvernementale ; ils ne la réduisent pas à l'étude des « actes de gouvernement », mais la réinvestissent d'un sens fort. Loin d'apparaître

---

[148] *ibid.,* p.532, note 7. Car effectivement, dans le système de 1875, la distinction entre législation ordinaire et législation constitutionnelle est écrasée (*« effacée »*) par l'identité organique de leur auteur. Les deux procédures procèdent de la même volonté parlementaire. (v. CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.116 et s. ; CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* p.10.30-8)

[149] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.531

[150] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français, 1955-1956, op. cit.,* p.32

[151] *ibid.,* p.29 et s.

[152] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2e éd., p.716

comme une activité résiduelle ou spéciale, elle définit la mission première de l'Exécutif, celle d'assurer la sauvegarde de l'Etat et le salut du groupe :

> « Gouverner c'est diriger, les gouvernants s'appellent couramment les dirigeants ; d'autre part, il s'agit bien de diriger à travers les évènements, c'est-à-dire à travers tous les imprévus de la vie sociale, nationale et internationale, à travers les nouveautés ; le rôle essentiel du gouvernement est de résoudre constamment les difficultés nouvelles qui se présentent et qui intéressent le groupe, quant aux difficultés anciennes, déjà résolues, si on les rencontre une seconde fois, si on repasse par les mêmes chemins, ce n'est plus affaire de gouvernement mais plutôt affaire d'administration. »[153] (on souligne)
>
> « L'idée essentielle est que l'existence de la nation, considérée comme un tout organisé, est intéressée dans tous les problèmes nouveaux posés par les évènements extérieurs ou intérieurs et que le gouvernement doit résoudre ; comme, dans toutes ces occasions, le gouvernement prend des décisions dont le but est de sauvegarder l'unité de la nation, le résultat est qu'il aboutit à centraliser celle-ci. (…) »[154] (on souligne)
>
> « Administrer, c'est assurer la marche des services publics régulièrement organisés, y compris les services de la police. Il y a, entre le gouvernement et l'administration, la différence de ce qui est nouveau, imprévu, accidentel, avec ce qui est déjà prévu et habituel. Les services administratifs parent aux besoins habituels du pays, le gouvernement aux besoins accidents ; l'administration représente la routine de la conduite, le gouvernement, les grandes affaires nouvelles. »[155] (on souligne)

« Repasser deux fois par le même chemin », selon la formule d'Hauriou, c'est donc déjà administrer. Ici encore, et classiquement, la fonction gouvernementale se distingue de la fonction administrative par son caractère *primaire*, c'est-à-dire non conditionné par une volonté préexistante. Gouverner, c'est agir en premier ; donner une direction. Chez Hauriou, cette considération est essentielle, en ce sens qu'elle aboutit à l'identification étroite de la fonction gouvernementale à la fonction disciplinaire de l'institution étatique, c'est-à-dire à la fonction sauvegarde de l'Etat (*cf. supra,* n°518 s.). En effet, si gouverner consiste à agir en premier – c'est-à-dire à *« résoudre les questions nouvelles »*[156] qui intéressent un groupe social –, alors gouverner consiste à faire face aux circonstances imprévues (extérieures ou intérieures au groupe) qui affectent, voire menacent, l'intérêt et l'unité du groupe. On voit comment Hauriou réinvestit d'un sens fort la fonction gouvernementale ; elle est la fonction du *« pouvoir de domination »*[157] – c'est-à-dire du pouvoir politique, ou encore de la puissance

---

[153] *ibid.,* p.19
[154] *ibid.,* p.715
[155] *ibid.,* p.716
[156] *ibid.,* p.715
[157] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 1ère éd., p.72 et s. ; HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2e éd., p.17 et s. ; Le pouvoir de domination est *« à la base de tout ».* Il est *« le pouvoir social*

publique – dans un groupe social, au point de se confondre, par métonymie, avec lui. Elle est donc la première des fonctions assumée par l'Etat ; celle de diriger et de protéger le groupe social organisé (la Nation) à travers les évènements imprévus, pour maintenir en l'état les *« situations établies »*[158] qui aspirent à perdurer. La fonction gouvernementale assure donc l'unité de la Nation – sa « centralisation »[159] dans le langage d'Hauriou – face aux forces qui menacent son existence ; elle assure sa persévérance dans l'être. Elle s'exerce donc par la voie de la contrainte et du commandement et mérite d'en confier à l'organe le mieux armé pour l'exercer, l'Exécutif (*cf. supra,* n°60 s., et *infra,* n°556 s.).

b) Georges Burdeau : gouverner, c'est « faire la loi »[160]

552. Au milieu du XXe siècle, Georges Burdeau réinvestit, à son tour, la fonction gouvernementale d'un sens fort. A ses yeux, *« la doctrine constitutionnelle est en retard »*[161]. A raisonner à partir de catégories juridiques empruntées au constitutionnalisme du XVIIIe siècle (la spécialisation fonctionnelle, la conception organico-formelle de la loi, etc.), les juristes contemporains *« s'interdisent la compréhension des régimes neufs »*[162]. Or – Georges Burdeau en sait quelque chose[163] – à l'épreuve des crises, les mutations des fonctions politico-sociales de l'Etat impliquent une redéfinition de ses fonctions juridiques. Le passage du libéralisme à l'interventionnisme marque le passage de la « démocratie gouvernée » à la « démocratie gouvernante » ; alors la loi devient un instrument de *« transformation des structures sociales »*[164], et l'élaborer s'avère bientôt une tâche dont le Parlement peut difficilement assumer la lourdeur. (*cf. supra,* n°213 s.) Ces considérations amènent Burdeau à proposer, en 1945, une nouvelle classification des fonctions étatiques. Il faut rompre avec les

---

qui, par le commandement et la contrainte, centralise une population dans le but de la diriger à travers les évènements en la maintenant en ordre. » (*ibid.,* p.19) Il a *« pour fonction propre de créer et de protéger les situations établies, il est le grand élément fixateur des sociétés, celui qui crée de l'ordre, de la stabilité et par conséquent des biens. »* (HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 1ère éd., p.79).

158 *« Toute l'organisation sociale d'un pays, aussi bien économique que politique, peut se ramener à un ensemble de situations établies maintenues par un pouvoir de domination ».* (HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 1ère éd., p.78)

159 *ibid.,* p.475 : *« La fonction du gouvernement de l'État est de centraliser [la Nation] en orientant par son investiture toutes les situations établies et, ainsi, de lui constituer la tête qui lui manque. »* v. encore, HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2e éd., p.20

160 BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.222

161 *ibid.,* p.202

162 *ibid.,* p.203

163 Au cours de l'entre-deux guerres, il est l'auteur d'une importante monographie consacrée aux mutations des systèmes parlementaires (1932) et d'un imposant article relatif à l'évolution du concept de loi en droit français (1939). v., BURDEAU, G., *Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après-guerre, op. cit.,* 192, et BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *art. cit.*

164 BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957, op. cit.,* p.558

catégories du XVIIIe siècle, particulièrement avec la fonction « d'exécution des lois ». Le professeur propose de substituer à l'opposition « législation / exécution », entendue dans un sens organico-formel, une opposition « gouvernement / administration », entendue dans un sens matériel[165], et d'y adjoindre une fonction de contrôle. Force est de constater, en effet, que *« l'Etat est une entreprise de gouvernement »*[166]. Il faut donc trouver une place à la « fonction gouvernementale » dans l'étude de ses activités juridiques. Cela suppose de rompre avec la vision résiduelle et négative que lui attribue la doctrine orthodoxe classique. Limitée à l'étude des « actes de gouvernement », la fonction gouvernementale pâtit effectivement d'un *« préjugé défavorable »*[167] ; elle est le dernier domaine de l'arbitraire, celui qui échappe encore au contrôle du juge administratif. Au contraire, Burdeau entend la réinvestir d'un sens fort et positif. Dans l'Etat, la fonction gouvernementale est celle dont l'objet consiste à *décider*, la fonction administrative, celle dont l'objet consiste à *mettre en œuvre*. La distinction retenue procède du constat de l'unicité de la puissance étatique ; dans l'Etat, *« il n'y a qu'un Pouvoir unique, celui qui est solidaire de l'idée de droit incorporée dans l'institution »*[168]. Ce qui distingue les deux fonctions, c'est *« l'intensité de la puissance étatique »*[169] qu'elles emploient :

> « Il existe essentiellement deux fonctions de l'Etat : l'une à travers laquelle se manifeste la puissance étatique dans toute sa plénitude, créatrice, autonome et inconditionnée, c'est la fonction gouvernementale. L'autre, embrassant des activités où ne se traduit qu'une puissance dérivée, secondaire et subordonnée ; c'est la fonction administrative. »[170]

On perçoit ici les influences kelséniennes de la pensée de Burdeau (*cf. infra,* n°821) ; la distinction proposée procède d'une simple différence de *degré*, indépendante des considérations organiques, au sein d'une même chaîne de validité de production du droit. Loin d'être cantonnée à l'intelligence des « actes de gouvernement », la fonction

---

[165] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.209-213 ; v. encore, BURDEAU, G., « La fonction gouvernementale », *Revue politique et parlementaire,* 1946, p.208-213 ; v. enfin, BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome IV, Les régimes politiques, op. cit.,* p.310 et s. Sur la rupture avec l'approche organico-formelle des fonctions de l'Etat, Burdeau écrit : *« Définir la fonction par l'acte, c'est oublier que la fonction a d'abord un objet. Accomplir une fonction, c'est faire quelque chose, et c'est ce quelque chose qu'il faut préciser avant de considérer les moyens employés. Il ne viendrait à personne l'idée de définir la fonction du menuisier en disant qu'elle consiste à utiliser le rabot, le scie ou le ciseau à froid. C'est pourtant ce que font les juristes lorsqu'ils déclarent que les fonctions de l'Etat se distinguent par l'accomplissement d'actes juridiques d'une nature déterminée. »* (p.209) Pour autant, l'approche de Burdeau demeure une approche exclusivement juridique des fonctions de l'Etat : sa théorie reste une étude des activités juridiques des gouvernants, sur la base de considérations hiérarchiques, indépendamment des fins politico-sociales poursuivies.

[166] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.210-211

[167] *ibid.,* p.221

[168] *ibid.,* p.214

[169] *ibid.*, p.216

[170] *ibid.,* p.218

gouvernementale redevient la fonction primaire de création du droit dans l'Etat, mise en œuvre lorsque les besoins politiques et sociaux à satisfaire exigent que la puissance de l'Etat se manifeste *« dans toute sa vertu créatrice et libre »*[171]. Son critère, c'est l'initiative et l'indépendance[172] ; son objet, s'emparer d'une matière antérieurement vierge de toute intervention de l'autorité publique. Gouverner, c'est donc – chez Burdeau plus qu'ailleurs – agir en premier ; donner une direction. Administrer, c'est agir en second ; suivre cette direction[173].

553. Cette analyse conduit Georges Burdeau à proposer un reclassement des actes juridiques, par-delà les considérations organiques. Dès lors que gouverner consiste à agir en premier, la fonction gouvernementale *« comprend essentiellement le pouvoir de faire la loi. »*[174] De là résulte l'idée que « gouverner, c'est légiférer », avancée dès le milieu des années 1930. (*cf. supra,* n°204). Pour autant, la loi n'est – *« parmi d'autres »*[175] – qu'un instrument de la fonction gouvernementale. Elle y occupe une place essentielle, mais non exclusive. Cette approche par le « degré de puissance », libéré des considérations organiques[176], permet à Burdeau de rapatrier dans la fonction gouvernementale, l'ensemble des actes primaires de création du droit, non conditionnés par l'existence d'une volonté antérieure à exécuter, notamment la législation gouvernementale primaire (décrets-lois, règlements autonomes). Évidemment, il s'agit là d'une entreprise d'explication et surtout de justification de l'extension des pouvoirs de l'Exécutif au XXe siècle.

2) La force de la fonction gouvernementale : légitimer l'extension des pouvoirs de l'Exécutif

554. Sous la plume de Maurice Hauriou et de Georges Burdeau, réinvestir la fonction gouvernementale d'un sens fort n'a pas qu'un intérêt heuristique ; il s'agit de dévoiler et de légitimer la participation de l'Exécutif aux fonctions primaires de décision dans l'Etat. Érigé en instrument de la fonction gouvernementale, le pouvoir réglementaire acquiert une

---

[171] *ibid.,* p.219 ;

[172] BURDEAU, G., « La fonction gouvernementale », *art. cit.,* p.157

[173] Gouverner, c'est *« introduire, pour la première fois, une question dans le domaine du droit ».* Administrer *« comprend toutes les mesures d'exécution d'une norme préexistante ».* (BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.217-218)

[174] *ibid.,* p.222

[175] *ibid.,* p.226

[176] Ici Burdeau rompt avec Carré de Malberg : *« ce n'est pas le titre juridique de l'auteur de l'acte qui commande la qualité de la puissance employée, c'est l'objet même de l'activité en cause. »* (*ibid.,* p.219)

légitimité nouvelle, irréductible à l'exécution des lois (a). Sur ce point, la Constitution de la Ve République s'inscrit dans une filiation doctrinale hétérodoxe (b).

a) Le pouvoir réglementaire, instrument de la fonction gouvernementale

555. Depuis la fin du XIXe, tout l'effort de la doctrine républicaine orthodoxe (fille de la République radicale) est de subsumer l'ensemble des manifestations du pouvoir réglementaire sous la fonction administrative / fonction d'exécution des lois – au prix d'un considérable élargissement (*cf. supra,* chapitre précédent). La fonction gouvernementale est cantonnée à l'explication des « actes de gouvernements », insusceptibles de recours contentieux. Si bien que le pouvoir de l'Exécutif, lorsqu'il est réglementaire, n'est jamais gouvernemental, et lorsqu'il est gouvernemental, cesse d'être réglementaire. Ainsi s'explique la soumission progressive du pouvoir réglementaire à la loi.

556. Pour la doctrine hétérodoxe, au contraire, tout l'enjeu est de légitimer la participation de l'Exécutif aux fonctions primaires de décision dans l'Etat. Revaloriser la fonction gouvernementale lui permet de revaloriser le pouvoir réglementaire. Telle est l'entreprise de Maurice Hauriou, dans la lignée des républicains conservateurs des années 1870. Dès lors que la fonction gouvernementale consiste à *« assurer la cohésion et le salut du groupe »*[177] (*cf. supra*, n°513 s.), alors il faut en confier l'exercice à l'Exécutif. Il est un *« meilleur organe »*[178] de gouvernement que le Parlement – *« organe de gouvernement détestable »* [179] – car *« gouverner, c'est agir, et non pas délibérer »*[180]. Veiller au salut de l'Etat exige, en effet, une *« action directe »* [181], l'émission en urgence de commandements (particulièrement de règles de commandement), qui ne nécessitent aucune discussion préalable, aucun phénomène de consentement, aucune opération de perfectionnement (comme la promulgation), Bref, des commandements immédiatement exécutoires, qui valent par eux-mêmes et dont l'obéissance est (même provisoirement) assurée, sous menace de contrainte[182]. Seul l'Exécutif dispose du triple privilège de l'unité, de la continuité et de la contrainte (*cf. supra,* introduction générale, n°60 s.). De là découle la *« primauté du pouvoir exécutif »*[183] dans l'Etat. Hauriou ne remet pas en cause la supériorité juridique de la loi sur le règlement ; celle-ci demeure l'acte qui

[177] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 1ère éd., p.136
[178] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.473
[179] *ibid.*
[180] *ibid.* ; v. aussi, p.384-385
[181] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 1ère éd., p.139
[182] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2ème éd., p.20-21
[183] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.376 et s.

centralise, sous sa domination, les autres sources du droit[184]. Mais parce qu'elle procède d'une opération délibérative, la loi est insusceptible d'assumer la fonction gouvernementale, c'est-à-dire de veiller au salut de l'Etat :

> « si le pouvoir délibérant est une source du droit excellente en ce qu'il est la source de la loi, il est un organe de gouvernement détestable qu'on ne saurait mettre à la tête de l'Etat, parce que gouverner c'est agir, et non pas délibérer ; au contraire, le pouvoir exécutif est inférieur comme source de droit, mais supérieur comme organe de gouvernement, parce qu'il est organe d'action. Or, la place d'un pouvoir dans l'Etat ne doit pas être déterminée par le fait qu'il constitue une meilleure source du droit, mais par le fait qu'il réalise un meilleur organe de gouvernement, car il vaut mieux pour l'Etat vivre en utilisant un organe d'action qui est une source de droit inférieure que de succomber pour être resté fidèle à une source de droit supérieure qui n'est pas un organe d'action. »[185] (on souligne)

Ainsi, chez Maurice Hauriou, le pouvoir réglementaire – qui n'est rien d'autre que le *« pouvoir d'établir une règle générale par décision exécutoire »*[186] – est donc le meilleur instrument de la fonction gouvernementale. Il n'est jamais réductible à l'exécution des lois, mais nécessaire à l'accomplissement de la fonction qui consiste à veiller au salut de l'Etat[187], car les affaires ici concernées – *« toujours nouvelles et toujours urgentes »*[188] – ne peuvent pas attendre qu'aient été délibérées les lois. Aux côtés du pouvoir réglementaire administratif – exercé à la suite d'une volonté antérieure – existe donc un pouvoir réglementaire gouvernemental, caractérisé par son caractère initial, voire inconditionné, chargé d'assurer la cohésion et le salut du groupe. Hauriou en tire des conséquences sur le régime contentieux du règlement :

> « Il se constituera ainsi, sous le nom *d'actes de légitime défense de l'Etat*, une catégorie d'actes qui échapperont à l'annulation pour excès de pouvoir ; ce sera une catégorie comparable à celle des *actes de gouvernement,* avec cette différence, cependant, qu'il n'y aura pas de fin de non-recevoir empêchant l'examen de l'acte, qu'il y aura, au contraire, examen au fond, mais reconnaissance qu'il n'y a pas ouverture à excès de pouvoir, parce qu'il y a excuse légale. »[189]

L'excuse « légale » à laquelle fait référence Hauriou est, en réalité, l'excuse « légitime » pour la défense de l'Etat. Le pouvoir réglementaire gouvernemental suppose un large degré d'autonomie et de discrétionnalité, qui justifie d'amoindrir les exigences du respect de la légalité – non seulement au regard de l'habilitation légale, mais aussi du fond du droit. Ainsi

---

[184] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.566 et s.
[185] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.473
[186] *ibid.*
[187] *ibid.,* p.385
[188] *ibid.*
[189] HAURIOU, M., « Note sous CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.718

s'expliquent, dès 1915 et 1918, les solutions des arrêts *Verrier* et *Heyriès* (*cf. supra,* n°129 s.). Ainsi s'expliquera, plus tard, le contrôle restreint du Conseil d'Etat sur les décrets-lois[190], sur les textes portant déclaration, ou application, de l'état d'urgence[191], ainsi que l'absence de contrôle sur les dispositions matériellement législatives des mesures édictées par le Président de la République dans le cadre de l'article 16 de la Constitution de 1958[192].

557. Georges Burdeau tire des conséquences similaires. L'effectivité de la fonction gouvernementale dépend de la mesure où l'Exécutif est associé à son exercice[193] ; *« lorsqu'on entendait que le pouvoir exécutif gouvernât, on lui accordait le droit de faire la loi »*[194]. Il faut désormais assumer avec *« franchise »*[195] – c'est-à-dire dévoiler – la participation de l'Exécutif aux fonctions primaires de décision, particulièrement aux fonctions primaires de législation, et revoir l'organisation constitutionnelle en conséquence. Sous la plume de Burdeau, en 1945, cela suppose non seulement de doter l'Exécutif de moyens nécessaires à la direction de l'activité législative du Parlement (voire de le doter de moyens autonomes de législation primaire), mais surtout d'assurer le renforcement des organes de contrôle. De sorte que la distinction « gouvernement / administration » se double d'une distinction « décision (gouvernementale ou administrative) / contrôle ». Ces considérations inspirent évidemment les auteurs de la Constitution de 1958.

b) Les filiations hétérodoxes de la Constitution de 1958

558. A la faveur de sa théorie de la « primauté du pouvoir exécutif », Maurice Hauriou est facilement présenté comme un « père spirituel »[196] de la Constitution du 4 octobre 1958. L'idée mérite d'être relativisée – les théories de Carré de Malberg inspirent autant les auteurs du dispositif des articles 34, 37 et 38 (*cf. supra,* n°474 s., *infra,* n°1110 s.) – mais n'en demeure pas moins vraie. La fonction gouvernementale d'Hauriou (celle qui consiste à « veiller au salut de l'Etat ») irrigue progressivement, après la Seconde guerre mondiale, les

---

[190] CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels,* Rec. p.619, *RDP* 1937.501, concl. Renaudin, note Jèze, *S.* 1937.3.95, note P. de Font-Réaulx ; *D.* 1937.3.33, note Rolland

[191] CE, ord., 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec. p499 ; *AJDA* 2006. 501, note P. Chrestia ; CE, Ass., 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, Rec. p. 590

[192] CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres,* Rec. p.143 ; *JCP* 1962.II.12613, concl. Henry ; *RDP* 1962.294, concl. Henry ; *AJ* 1962.214, chr. Galabert et Gentot ; *D.* 1962.109, chr. G. Morange ; *JCP* 1962.I.1711, chr. Lamarque ; *RDP* 1962.288, note Berlia ; *S.* 1962.147, note Bourdoncle

[193] BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art. cit.,* p.225

[194] *ibid.,* p.226

[195] *ibid.,* p.228

[196] v., par exemple, GICQUEL, J., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris : Montschrestien, 19e éd., 2003, p.466 ; GICQUEL, J., « Le sens unique de la Constitution de 1958 », n°1, septembre 2018.

nouvelles conceptions du pouvoir réglementaire. En témoignent les propos du conseiller d'Etat, Maurice Lagrange, en 1948, dans un contexte pétri d'incertitudes sur l'étendue des pouvoirs de l'Exécutif sous l'empire de la nouvelle Constitution du 27 octobre 1946 :

> « Il importe de préciser ce qu'il faut entendre par « pouvoir réglementaire ». La définition légale de celui-ci, telle qu'elle résulte de l'article 47 de la Constitution, hérité de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, se trouve dans l'expression « assurer l'exécution des lois. » On pense ainsi immédiatement au cas où l'Exécutif, soit spontanément, en vertu de cette obligation générale qui lui incombe de faire exécuter la loi, soit en vertu d'une injonction expresse du législateur, est amené à prendre un décret déterminé (décret simple, décret en Conseil d'Etat ou RAP) en vue d'édicter des règles nécessaires pour qu'une loi reçoive application. Mais le pouvoir réglementaire, c'est aussi autre chose. C'est la prérogative générale qui résulte de la nécessité de faire fonctionner les services publics, de sauvegarder l'ordre et de permettre la continuité de la vie nationale. Cette permanence, qui doit être assurée sans défaillance parmi les continuels incidents de la vie quotidienne, qui requiert souvent des décisions immédiates dont ne s'accommoderait pas la procédure législative, est avant tout œuvre gouvernementale : c'est bien plus un problème d'action qu'un problème de législation. (…) Ainsi le « pouvoir réglementaire », dans cette seconde acception, ne s'exerce plus pour compléter par des mesures de détail, plus ou moins importantes d'ailleurs, les règles générales posées par une loi déterminée. Il se meut spontanément dans un champ infiniment plus large, n'étant limité, en dehors des prescriptions législatives qui ont pu se faire jour en la matière, que par le respect d'un certain nombre de grands principes, tels que les libertés publiques ou le droit de propriété, que le droit public traditionnel et la jurisprudence entendent confier à la garde exclusive du législateur et à la sanction des tribunaux. »[197] (on souligne)

Ce passage – qui méritait d'être reproduit en intégralité – est remarquable en ce qu'il met en évidence la *double ontologie* du pouvoir réglementaire esquissée par Maurice Hauriou. Le pouvoir réglementaire, « c'est aussi autre chose ». Cet « autre chose » témoigne de l'existence aux côtés du pouvoir réglementaire administratif (*infra* et *secundum legem*), d'un pouvoir réglementaire gouvernemental (*praeter* voire *contra legem*) dont la fonction est de veiller à la continuité de la vie nationale, c'est-à-dire au salut de l'Etat. Le vocabulaire de Maurice Hauriou irrigue donc celui de Maurice Lagrange, et témoigne de l'influence des thèses du maître de Toulouse auprès de certains membres du Conseil d'Etat, dès les débuts de la IVe République. Dix ans plus tard, à l'occasion des discussions, en Assemblée générale du Conseil d'Etat, sur les projets d'articles 34 et 37 de la future Constitution du 4 octobre 1958, le président Roger Latournerie attire à son tour, dans des termes presque identiques, l'attention de ses collègues sur cette double ontologie du pouvoir réglementaire :

> « Je crois que la vérité constitutionnelle (…) est qu'il y a, en réalité, deux catégories de règlements. Il y a, d'une part, les règlements qui donnent, pour

[197] LAGRANGE, M., *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer,* Paris : Sirey, 1948, 109 pages, spéc. p.34-35

> reprendre une formule dont nous faisons un usage courant, les modalités d'exécution d'un texte législatif (…). Il y a toujours une limite où le législateur s'arrête, où la loi, dans bien des cas, ne devient applicable que si elle est complétée, que si elle reçoit le complément indispensable (…).
>
> J'estime qu'on méconnaît une des fonctions essentielles du Gouvernement, et peut-être même la fonction capitale, si l'on s'en tient à cette définition, à mes yeux incontestablement trop étroite, du règlement. La fonction gouvernementale est plus ample (…). Le premier devoir du Gouvernement c'est de gouverner, et chacun connaît la définition du gouvernement. Ce n'est pas seulement le courant des affaires quotidiennes. C'est assurer, en collaboration avec les autres pouvoirs publics, la continuité de la vie nationale et satisfaire aux exigences fondamentales de la vie nationale, bien entendu, dans le cadre des lois qui sont prises, mais aussi dans une certaine mesure, en vertu d'une initiative personnelle. »[198] (on souligne)

Les « deux catégories de règlements » auxquelles fait référence Roger Latournerie n'ont rien de comparable aux « deux catégories de règlements » proposées par Carré de Malberg (*cf. supra*, n°478 s.). Au contraire, elles témoignent de l'existence d'un pouvoir réglementaire non réductible à l'exécution des lois, donc non administratif, nécessaire à la sauvegarde du groupe et méritant d'être qualifié – avec Hauriou – de gouvernemental.

559. Incontestablement donc, il existe une filiation entre la pensée de Maurice Hauriou et la Constitution du 4 octobre 1958. La fonction « d'assurer la continuité de l'Etat » et de « garantir l'indépendance nationale » – c'est-à-dire de veiller à la sauvegarde du groupe social – est expressément conférée au Président de la République par l'article 5 de la Constitution ; elle justifie l'existence d'un pouvoir réglementaire gouvernemental, non réductible à l'exécution des lois (*praeter,* voire *contra legem*). Ainsi s'expliquent, non seulement le pouvoir réglementaire autonome reconnu au Premier ministre, mais encore le pouvoir réglementaire d'exception, confié au Président de la République par l'article 16 de la Constitution ; l'idée de « salut de l'Etat » irrigue le discours du général de Gaulle, le 8 août 1958, devant le Comité consultatif constitutionnel, et emporte sans doute la conviction des parlementaires présents, ainsi que celle du Conseil d'Etat quelques semaines plus tard[199]. (*cf. infra,* n°1058 s.) L'article 16 n'a donc rien d'une originalité gaullienne. Il est la formulation constitutionnelle d'une fonction assumée *de facto* par l'Exécutif depuis la Première guerre mondiale en l'absence de toute habilitation législative ou constitutionnelle ; il renoue avec l'article 14 de la Charte de 1814, sinon avec la doctrine médiévale de la *necessitas*, que le constitutionnalisme républicain de 1875 avait recouvert d'un voile. Les conditions de recours à l'article 16 rappellent d'ailleurs les trois conditions imaginées, par la doctrine et la

[198] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.402-403

[199] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.301 ; Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.323

jurisprudence, entre 1914 et 1918 pour justifier le recours à l'illégalité dans le cadre d'une théorie des « circonstances exceptionnelles » (péril imminent / intérêt supérieur de la Nation / impossibilité d'agir légalement) (*cf. supra,* n°148 s.). L'innovation est ailleurs. Elle touche le titulaire du pouvoir réglementaire d'exception. Jusqu'alors – en témoignent les termes de l'arrêt *Dehaene* du 7 juillet 1950 – il appartenait au Gouvernement « responsable devant les représentants de la Nation »[200] d'assumer cette fonction de cohésion et de salut du groupe national. La Constitution de 1958 la confie désormais au Président de la République. Là réside la véritable originalité gaullienne. Pour le reste, l'article 16 représente une simple constitutionnalisation de la pratique existante depuis 1914 – une mise en conformité des textes et de la pratique – dans le but moins d'encadrer les pouvoirs d'exception, que de leur conférer une légitimité légale-rationnelle manquante (*cf. infra,* n°608 s.).

560. Quant à la conception de Burdeau – selon laquelle « gouverner, c'est faire la loi » – elle est pleinement assumée[201] par les pères de la Constitution du 4 octobre 1958, et aboutit à une nouvelle répartition des fonctions primaires de législation, entre l'Exécutif et le Parlement, par le système des articles 34, 37, 38 et 41 du texte constitutionnel. (*cf. infra,* n°1046 s.). Ces considérations témoignent d'une véritable filiation intellectuelle entre Maurice Hauriou, Georges Burdeau et la Constitution de la Ve République marquée par une volonté de rompre avec une conception purement administrative (c'est-à-dire secondaire du pouvoir réglementaire). Nombreuses sont les illustrations de son caractère initial.

B- LE REGLEMENT, ACTE INITIAL

561. La théorie de la fonction gouvernementale n'est pas seulement une entreprise de légitimation de l'extension des pouvoirs de l'Exécutif. Elle procède du constat de l'insuffisance de la fonction administrative (fonction d'action secondaire) à rendre compte de la réalité du droit positif et permet de dévoiler la participation de l'Exécutif aux fonctions

[200] Selon les termes employés par le commissaire du gouvernement Gazier, *RDP,* 1950, p.705. La formule retenue par l'Assemblée du contentieuse est plus implicite. Il n'est fait référence « [qu'au] Gouvernement responsable du bon fonctionnement des services publics. »

[201] On lit ainsi, dans un commentaire rédigé en 1959 par Louis Bertrand et Jérôme Solal-Céligny (véritable « exposé des motifs » des articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution) : *« Gouverner c'est légiférer. Cette formule n'est pas l'énoncé d'un paradoxe, mais l'expression d'une vérité fondamentale de la vie politique contemporaine. (…) Gouverner, c'est édicter ou faire édicter des dispositions de portée générale, c'est-à-dire faire des lois ou en demander le vote au Parlement. »* (SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *Commentaires sur la Constitution, 1958-1959,* reproduits *in : DPS,* vol. 4, p.241-257, spéc. p.244)

primaires de décision dans l'Etat[202]. Félix Moreau ne s'y trompe pas. En 1902, son importante étude de la pratique gouvernementale de la fin du XIXe siècle le conduit à la conclusion suivante : *« on doit reconnaître l'existence autonome, étrangère à toute base législative, du pouvoir réglementaire. »*[203] La tendance ne cesse de s'accroître au XXe siècle. Force est de constater le caractère primaire de nombreux actes réglementaires, tant en situation d'exception (1) que dans les temps ordinaires (2).

1) Gouverner en situation d'exception : l'exemple des « règlements de nécessité »

562. Au XXe siècle, les guerres mondiales révèlent la dimension gouvernementale du pouvoir réglementaire. L'ajournement des Chambres, tant en 1914-1915, qu'à partir de 1940, conduit, par la force des choses, l'Exécutif à légiférer seul, par voie de règlements. (*cf. supra,* n°128 s., n°240 s., ainsi que n°529 s.) Dans cette situation, en l'absence d'habilitation législative préalable, le caractère « secondaire et dérivé » du pouvoir réglementaire fait complètement défaut : le règlement n'est ni secondaire dans le temps (condition *secundum legem*), car il précède l'intervention du législateur parlementaire[204], ni secondaire hiérarchiquement (condition *infra legem*), car il déroge à la législation formelle en vigueur[205]. Il échappe donc à l'une ou l'autre, voire à l'une et l'autre, des conditions de la légalité administrative mise en évidence par Carré de Malberg[206]. L'Exécutif agit de sa propre initiative et se substitue au législateur parlementaire dont il devance l'action. Le Parlement – saisi d'un sentiment *« d'évidente nécessité »*[207] – se contentera le plus souvent de valider en bloc, et rétroactivement, les mesures en question[208]. Dans cette hypothèse, l'Exécutif agit en premier, le Parlement en second. L'Exécutif gouverne donc. Le sentiment « d'évidente nécessité » confère, en sus, à son règlement un caractère inconditionné qui – superposé à ce

[202] Malheureusement ce dévoilement s'opère au détriment de la clarté de l'analyse rationnelle, car la théorie de la « fonction gouvernementale » ne parvient pas à s'affranchir des considérations organiques, qu'elle superpose aux considérations matérielles (*cf. supra*, n°547).

[203] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.167

[204] En témoigne le décret du 31 octobre 1916 sur les réquisitions civiles qui précède, de plusieurs mois, la loi du 2 août 1917 sur les réquisitions civiles. (*cf. supra*, n°531)

[205] v., les nombreux exemples cités au chapitre 1er, particulièrement les nombreux décrets d'août 1914 suspendant, pour le temps de guerre, les garanties procédurales exigées par les lois. v. aussi, le décret du 6 septembre 1914 relatif au fonctionnement des conseils de guerre.

[206] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488

[207] SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.335 et s.

[208] v., par exemple, la loi du 30 mars 1915 qui ratifie en bloc, et rétroactivement, 34 décrets réglementaires (*cf. supra,* n°155) ; v. encore, la ratification implicite, et en bloc, par la Nation des ordonnances de la France Libre à l'occasion du référendum du 21 octobre 1945 (*cf. supra,* n°276)

caractère spontané et initial – lui attribue la dimension d'un véritable « acte de souveraineté »[209].

2) Gouverner dans les temps ordinaires : l'exemple du plan quinquennal

563. Les « formes du gouvernement de guerre » (P. Renouvin) survivent à la guerre (*cf. supra,* n°165 s.). Au XXe siècle, l'exceptionnel se normalise et normalise les pouvoirs exceptionnels de l'Exécutif. *« Les temps ordinaires du XXe siècle ne sont plus ceux du XIXe siècle (...), ils sont singulièrement plus difficiles »* [210] remarque Michel Debré, le 23 juin 1958, à l'aube de l'écriture de la Constitution de la Ve République. Il devient délicat de départir les périodes de crise des périodes normales. Dans les années 1950, les thèses et travaux sur les « circonstances exceptionnelles » se multiplient[211], et témoignent d'un besoin de penser la permanence de l'extension des pouvoirs de l'Exécutif. A l'exceptionnalité des circonstances de guerre, fait notamment suite l'exceptionnalité des circonstances économiques et sociales. Elles justifient l'action libre et spontanée du pouvoir réglementaire, appuyé sur l'expertise technique des fonctionnaires – cette *« compétence »*[212] du *« fonctionnaire-technicien »*[213] déjà mise en évidence par Hauriou. Ces considérations expliquent la tendance à la généralisation du caractère gouvernemental – c'est-à-dire initial et spontané – du pouvoir réglementaire au cours du deuxième tiers du XXe siècle, en dehors des périodes de guerre.

564. La mise en œuvre du premier plan quinquennal (1946-1950) d'orientation de l'économie illustre pertinemment cette tendance. Elle est une réalisation purement réglementaire, initiée et dirigée par l'Exécutif, appuyée sur les experts du Commissariat général du plan. En dépit des termes de la Constitution de 1946 – éclairés par ses travaux

---

[209] Telle est la définition qu'en donne Carré de Malberg, v. *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.35. Sur la thèse du « règlement, expression de la volonté générale », v. aussi STECK, O., *op. cit.,* p.519 et s. ; EVEILLARD, G., « La place de la volonté générale dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral », *Juspoliticum,* n°10, mars 2014

[210] Réunion constitutionnelle du 23 juin 1958, *DPS,* vol. 1, p.278

[211] MATHIOT, A., « La théorie des circonstances exceptionnelles », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.412-428 ; BIRAT, M.-P., *La théorie des circonstances exceptionnelles dans la Jurisprudence du Conseil d'Etat,* Thèse, Poitiers, 1950, 204 pages ; FAHMY MEDANY, M. A. Z., *La théorie des circonstances exceptionnelles en droit administratif français et égyptien,* Thèse, Paris, 1954, 349 pages ; ROIG, C., *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative et la doctrine,* Thèse, Paris, 1958, 262 pages ; NIZARD, L., *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, Paris : LGDJ, 1962, 293 pages ; v. aussi GRANEL, P., *Notion et rôle du pouvoir exécutif en droit public français,* Thèse, Toulouse, 1957, 259 pages

[212] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.28

[213] *ibid.*

préparatoires[214] – le Parlement est éclipsé de l'élaboration du plan quinquennal. La planification est imaginée et portée, dès l'avant-guerre, par un groupe de techniciens – rompus aux idées keynésiennes – pour résorber la crise économique et sociale[215]. Elle trouve de premières réalisations au cours de la Seconde guerre mondiale, tant à l'initiative du régime de Vichy[216], que de la France Libre[217]. A la Libération, l'Exécutif demeure le maître d'œuvre de la planification quinquennale. En l'absence de toute invitation parlementaire, un décret du 3 janvier 1946 impose l'élaboration d'un Plan et en fixe les objectifs[218]. Il en confie la réalisation, et l'exécution, à un Commissariat général du Plan, créé pour l'occasion, et placé auprès de la présidence du Gouvernement (future présidence du Conseil)[219]. Le projet de Plan est réalisé en quelques mois, sous la direction de Jean Monnet, à l'initiative exclusive de l'Exécutif : parmi le millier de personnalités amenées à prendre part à l'élaboration du Plan (industriels, agricultures, ouvriers, syndicalistes, experts, fonctionnaires etc.), on ne compte que quatre parlementaires[220]. Écarté de l'élaboration du plan, le Parlement est également écarté de son adoption. Proposé au Conseil du plan en janvier 1947, le projet de Plan est adopté par décret, en Conseil des ministres, le 16 janvier 1947[221]. Quelques mois plus tard, le Gouvernement sollicite du Parlement, le vote des crédits nécessaires à l'exécution du Plan

---

[214] v. par exemple, les propos d'André Philip, président de la commission de la Constitution : *« L'Assemblée devra voter des plans quadriennaux ou quinquennaux pour réorganiser l'économie française. »* (J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, page 3340 – 2ème séance du 27 août 1946)

[215] v. BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *op. cit.,* p.146 et s., et p.161

[216] Loi du 23 février 1941 créant un délégué général à l'équipement national et fixant ses attributions (J.O.E.F. du 25 février, p.894) ; Loi du 6 avril 1941 relative à l'équipement national (J.O.E.F. du 4 mai, p.1893), article 1er : *« Un plan d'équipement national, dont la première tranche sera réalisée dans une première tranche de dix ans, sera établi avant le 1er janvier 1942 ».*

[217] Ordonnance du 23 novembre 1944 réorganisant le comité économique et fixant les attributions du ministre de l'économie nationale et l'organisation de ses services (J.O.R.F. du 7 décembre, p.1724), article 1er : *« Il est institué au sein du Gouvernement un comité économique interministériel chargé de proposer au Gouvernement toutes mesures concernant la politique économique générale, l'adoption d'un plan national et les directives générales pour la conduite des négociations économiques avec les Gouvernements étrangers. »*

[218] Décret n°46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du Gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan (J.O.R.F. du 4 janvier, p.130), article 1er : *« Dans un délai de six mois à dater de la publication du présent décret, il sera établi un premier plan d'ensemble pour la modernisation et l'équipement économique de la métropole et des territoires d'outre-mer. »*

[219] Formellement, le Commissariat général du plan se borne à « proposer » le Plan au Conseil du Plan (conseil à caractère interministériel), lequel le « propose » lui-même à son tour au Gouvernement. *De facto,* le Commissariat général du Plan est le maître organe de l'élaboration et de l'exécution du Plan. Il est confié, par décret du 3 janvier 1946, à Jean Monnet (Décret du 3 janvier 1946 portant nomination du commissaire général du Plan, J.O.R.F. du 4 janvier, p.131)

[220] « Rapport général sur le Plan de modernisation et d'équipement », Commissariat général du Plan, novembre 1946-janvier 1947, 198 pages, p.189 et p.198

[221] Décret n°47-119 du 16 janvier 1947 relatif aux modalités d'exécution du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du conseil du plan et du commissaire général du plan (J.O.R.F. du 17 janvier, p.590)

(notamment les crédits d'investissement). Il les obtient par la loi du 30 mars 1947[222], non sans provoquer de vives protestations des parlementaires considérant, à juste titre avoir été placés devant le fait accompli. Force est, en effet, de constater l'éclipse totale du Parlement (et des assemblées représentatives) dans le processus d'initiation, d'élaboration, d'adoption et d'exécution du Plan quinquennal. Les deux décrets de janvier 1946, et janvier 1947, sont purement autonomes ; initiaux et spontanés, ils précèdent l'intervention du législateur parlementaire. Ce dernier n'intervient qu'*a posteriori*, contraint de voter les crédits nécessaires à la mise en œuvre d'un Plan, à l'élaboration duquel il n'a jamais pris part. Cette situation paradoxale ne manque pas d'être relevée par Jean Rivero, dès 1947 :

> « Laisser le Gouvernement maître d'adopter le plan seul, et ne faire intervenir le législateur qu'au stade du vote des crédits, c'est faire de celui-ci un exécutant, et remettre à l'Exécutif la décision de principe ; singulier renversement dans un régime qui a prétendu restaurer la primauté législative ! »[223]

En la matière, l'Exécutif agit en premier, le Parlement agit en second. Le Plan quinquennal témoigne d'une conception purement gouvernementale du pouvoir réglementaire. Et l'Assemblée nationale se montre, sur cette question, très jalouse de ses prérogatives[224]. Cette situation pose rapidement des problèmes de régularité constitutionnelle, sinon de légitimité démocratique. Jean Rivero ne s'y trompe pas. Il y voit le risque d'une *« capitulation de la démocratie devant la technocratie »*[225]. Or, ajoute-t-il, *« dans la mesure où le Parlement, en France, est maître des décisions de principe, maître des compétences, et maître des crédits, le plan ne peut durer sans son investiture ; le plan est, par nature, matière législative. »*[226] Ces considérations conduisent rapidement le Commissariat général du Plan à rechercher les moyens d'assurer une *« mise en forme législative »*[227] du premier Plan. En 1948, la mission en est confiée au professeur Jean Rivero, qui relate son expérience – décevante – dans la *Revue*

---

[222] Loi n°47-580 du 30 mars 1947 portant fixation du budget de reconstruction et d'équipement pour l'exercice 1947 (J.O.R.F. du 31 mars, p.3027), article 1er, a.

[223] RIVERO, J., « Le plan Monnet et le Droit », *Recueil Dalloz*, 1947, chr. n°33, p.129-132, spéc. p.132. ; v. encore, dans le même sens RIVERO, J., « Vers un statut juridique du plan Monnet », *Droit social*, n°1, janvier 1949, p.4-7, spéc. p.5

[224] A maintes reprises, l'Assemblée nationale exprime le souhait d'approuver le Plan. En 1948, à l'occasion d'un amendement de Francis Leenhardt sur le projet de loi tendant au redressement économique et financier, elle en impose l'exigence au Gouvernement : *« Avant le 1er janvier 1949, le Gouvernement prendra les dispositions nécessaires en vue de soumettre à l'avis du Conseil économique et de l'Assemblée de l'Union française, et à l'approbation du Parlement, le plan de modernisation d'équipement (...) »* (Loi n°48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier (J.O.R.F. du 18 août, p.8082), article 4).

[225] RIVERO, J., « Le plan Monnet et le Droit », *art. cit.,* p.132

[226] RIVERO, J., « Vers un statut juridique du plan Monnet », *art. cit.,* p.5

[227] RIVERO, J., « Le Plan et le Droit », *Cahiers de la Fondation nationale des Sciences Politiques,* n°140, 1965, p.121-127, spéc. p.121

Droit social de 1950[228]. En dépit des propositions avancées, remarque-t-il, Jean Monnet *« eut scrupule à présenter à la ratification du Parlement, sous une forme quelconque, un plan déjà en application depuis trois ans, circonstance qui eût donné, à l'hommage rendu à l'Assemblée souveraine, une couleur par trop humoristique. »*[229] Le Plan quinquennal est demeuré une œuvre purement gouvernementale, essentiellement réalisée et exécutée par le Commissariat général du Plan, sur la base d'actes réglementaires antérieurs à la volonté parlementaire. Leur caractère initial est certain. Difficile, en outre, d'y voir des actes conditionnés par la loi, dans la mesure où le Parlement, placé devant le fait accompli, s'avère impuissant à remettre en cause les principes d'un Plan, déjà réalisé et essentiellement financé par l'aide américaine (plan Marshall)[230]. Initial et inconditionné, le Plan Monnet revêt ainsi la dimension d'une véritable entreprise souveraine de l'Exécutif.

565. A la faveur de l'exceptionnalité des circonstances, ou des difficultés à résoudre, au XXe siècle, le pouvoir réglementaire acquiert donc un caractère initial et spontané, étranger à l'exécution d'une volonté antérieure. Son intervention précède chronologiquement celle du Parlement, et s'affranchit de tout conditionnement législatif hiérarchique. Difficile, dans ces conditions, d'y voir l'exercice d'une fonction d'administration, c'est-à-dire d'une fonction d'action secondaire. Maurice Hauriou et Georges Burdeau ne s'y trompent pas. Ils réinvestissent la fonction gouvernementale d'un sens fort afin d'expliquer, et surtout de légitimer, l'action initiale et spontanée de l'Exécutif pour réagir aux circonstances. Ces auteurs révèlent l'*ambivalence*[231] du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire son irréductible dualité : un pouvoir réglementaire administratif (subalterne, secondaire et servant), et un pouvoir réglementaire gouvernemental (indépendant, primaire et dirigeant) (*cf. infra,* n°606).

566. Conclusion de la section. Les circonstances exceptionnelles du XXe siècle révèlent la spécificité institutionnelle du pouvoir réglementaire, c'est-à-dire sa fonction spécifique dans l'Etat. Aux mains d'un Exécutif « toujours sur pied », agissant *uno solo*, avec la force de la décision exécutoire sous menace de contrainte, le pouvoir réglementaire s'érige en meilleur instrument de « l'adaptation réactive » de l'Etat ; celui par lequel l'institution réagit

---

[228] RIVERO, J., « Le problème juridique du plan », *Droit social*, mars 1950, p.11-17
[229] RIVERO, J., « Le Plan et le Droit », *art. cit.,* p.121
[230] WALL, I. M., « Jean Monnet, les Etats-Unis et le plan français », *Vingtième siècle. Revue d'histoire,* 1991, n°30, p.3-21
[231] Sur l'ambivalence de l'Exécutif, v. MANSFIELD, H., *op. cit.,* p.21 et s. ; v. aussi, MONTAY, B., *op. cit.,* p.717 et s. Ce dernier préfère parler de « double ontologie » de l'Exécutif.

urgemment aux circonstances de temps et de lieu et adapte son droit pour assurer la réalisation de son idée d'œuvre. Entre 1914 et 1958, le pouvoir réglementaire devient l'instrument de la sauvegarde de l'Etat, c'est-à-dire de son salut dans les temps extraordinaires, et de sa continuité dans les temps ordinaires. Cette fonction nécessairement libre et spontanée est irréductible à une fonction d'administration (fonction d'action secondaire), *a fortiori* à une fonction d'exécution des lois. La doctrine hétérodoxe lui donne le nom de fonction gouvernementale. La constitutionnalisation des pouvoirs de circonstances du Président de la République à l'article 16 de la Constitution de 1958, et du pouvoir réglementaire autonome du Gouvernement, à l'article 37, confère une légitimité légale-rationnelle (c'est-à-dire une reconnaissance formelle) à cette spécificité institutionnelle du pouvoir réglementaire. Car, en effet, en l'absence d'une telle base constitutionnelle, ce pouvoir réglementaire d'essence gouvernementale, indispensable à la sauvegarde de l'Etat, ne repose certainement (l'étude de la doctrine et de la jurisprudence en témoigne) sur aucun autre fondement que l'idée – ancienne – de la *necessitas.*

SECTION 2 :
LA NECESSITE INSTITUTIONNELLE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

567. Apparu sous l'empire des circonstances, le pouvoir réglementaire se déploie sous la pression des faits, à la faveur de sa spécificité fonctionnelle (*cf. supra,* n°522 s.). Il correspond donc à un *« besoin social »*[232] (F. Moreau) qui justifie son existence. Ici plus qu'ailleurs, « la fonction crée l'organe », ou plutôt l'instrument. Ainsi s'explique l'omniprésence du registre de la *nécessité* lorsqu'il s'agit de justifier – en doctrine ou en droit positif – l'existence du pouvoir réglementaire[233]. Au XXe siècle, l'inadaptation des textes constitutionnels pour rendre compte des nouvelles manifestations du pouvoir réglementaire (règlements de nécessité, décrets-lois, règlements autonomes etc.) renforce ce phénomène. On assiste alors à un renouveau de l'idée – très ancienne – de *necessitas*, révélatrice d'un renouveau des sources du droit, particulièrement du droit naturel (§1). Aux yeux de la doctrine républicaine orthodoxe, qui en refuse la juridicité, la nécessité suffit néanmoins à « excuser » l'inconstitutionnalité des manifestations les plus extensives du pouvoir

[232] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.58

[233] v., par exemple, MOREAU, F., *op. cit.,* p.177 ; DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* t.4, 2e éd., p.663 ; CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.* t.1, p.595, et spéc. p.620 note 24 ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, op. cit.,* 12e éd., p.556 ; BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.772 ; PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., Lille : Morel et Corduant, 1952, 579 pages, spéc. p.498 ; DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.164-165

réglementaire (§2). Ces considérations témoignent d'une *« dilution »*[234] grandissante du droit constitutionnel au XXe siècle ; *« la Constitution,* s'interroge Marcel Waline en 1933, *est-elle bien la norme fondamentale ? »*[235] En conférant une légitimité légale-rationnelle au pouvoir réglementaire, la Constitution du 4 octobre 1958 rapproche les textes de la pratique et réconcilie – sur ce point – jusnaturalistes et juspositivistes.

§1. « Nécessité fait loi »[236]

568. La première moitié du XXe siècle est marquée par un véritable renouveau des sources du droit[237]. On critique la suprématie parlementaire, le fétichisme de la loi, le rationalisme kantien. L'inadaptation des textes constitutionnels, et le dysfonctionnement du système parlementaire, pour résorber les crises favorisent la remise en cause du positivisme juridique. Progressivement, on se tourne vers d'autres sources que les lois constitutionnelles de 1875 pour expliquer le phénomène réglementaire, et justifier cet *imperium* de l'Exécutif, dont on perçoit la montée en puissance irrésistible. Non réductible à « l'exécution des lois », le pouvoir réglementaire semble fondé dans un *« au-delà »*[238] constitutionnel, que reflètent l'émergence des théories de la coutume constitutionnelle (A) et le renouveau du droit naturel (B).

A- La coutume comme fondement

569. La coutume est classiquement définie – ici par Pierre Avril – comme *« une pratique respectée comme étant le droit dont la formation exige la réunion de deux conditions, l'une de*

---

[234] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.201. La dilution *« repose sur l'idée selon laquelle le droit ne se réduit pas à ce qui est contenu dans les textes, car il existe, par-delà ces derniers, un « sens caché » dont il est possible d'apporter une preuve susceptible de fonder l'objectivité »* (*ibid.*)

[235] WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *Année politique française et étrangère,* vol. 8, 1933, p.405-413, spéc. p.411

[236] La dichotomie proposée (« nécessité n'a point de loi » / « nécessité fait loi ») est empruntée à François Saint-Bonnet. Elle permet de mettre en évidence les controverses sur la juridicité de la nécessité. (v. SAINT-BONNET, F., « Exception, nécessité, urgence », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.677

[237] On assiste au renouveau du droit naturel (M. Hauriou), et à l'émergence du positivisme sociologique (L. Duguit). Ce phénomène date du début du XXe siècle. Il se déploie à la faveur de la crise du « parlementarisme absolu » et s'accroît encore après la Seconde guerre mondiale ; à la suite du régime de Vichy, la question du *juste* irrigue le milieu intellectuel, et se traduit par l'apparition de l'existentialisme juridique. Le décalage persistant entre les textes constitutionnels et la pratique contribue parallèlement à l'émergence de la science politique (v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.252 et s., et p.334 et s.)

[238] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.221

fait, la répétition, l'autre psychologique, le sentiment d'obligation ou opinio juris »[239]. En droit constitutionnel, sa validité est controversée[240]. Du point de vue de l'histoire des idées, la théorie de la coutume constitutionnelle est une entreprise de légitimation des pratiques politiques apparues en marge ou contre les textes constitutionnels. Elle fait alors figure de *« norme subsidiaire ponctuelle »*[241] censée combler les lacunes du droit écrit. On comprend qu'elle se déploie pleinement sous la IIIe République, à la faveur de la brièveté des lois constitutionnelles de 1875 et de la longévité du régime. A l'épreuve de la crise du « parlementarisme absolu », elle permet surtout de remettre en cause le monopole du législateur parlementaire dans la production de la règle de droit, au profit d'une conception sociologique du phénomène juridique. Au XXe siècle, la coutume est donc d'un profond secours pour expliquer l'existence, et l'extension, du pouvoir réglementaire (1), dont elle révèle la nécessité pour la réalisation de la solidarité sociale (2).

1) La coutume comme fondement du pouvoir réglementaire

570. On doit à Léon Duguit – réceptionnant, dans sa démarche, l'œuvre d'Emile Durkheim[242] – les premières admissions de la coutume comme mode d'expression du droit constitutionnel. Le positivisme sociologique repose, effectivement, sur l'idée que le droit tient son fondement de la *« règle sociale »*[243] qui, lorsque la violation de sa sanction est socialement organisée, devient règle de droit[244] – laquelle n'a d'ailleurs pas à être nécessairement formulée dans une loi positive[245]. Ces considérations amènent Léon Duguit à distinguer les règles de droit normatives, ou normes juridiques proprement dites – qui *« impose[nt] à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine*

---

[239] AVRIL, P., « Coutume constitutionnelle et conventions de la constitution », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel,* t.1, *op. cit.,* p.376

[240] Sur la controverse, v. l'importante littérature produite dans les années 1970-1980 : CHEVALLIER, J., « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP,* 1970, n°6, p.1375-1416 ; LEVY, D., « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » *in : Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris : Editions Cujas, 1977, 467 pages, spéc. p.81-90 ; RIALS, S., « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *La Revue administrative,* n°189, 1979, p.265-273 ; TROPER, M., « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in : Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier,* Paris : Editions Emile-Paul, 1981, 895 pages, spéc. p.309-323 ; TROPER, M., « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits,* n°3, 1986, p.11-24

[241] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.199 et s.

[242] v., sur ce point, PINON, S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *art. cit.*

[243] DUGUIT, L., *L'Etat : le droit objectif et la loi positive, op. cit.,* p.16

[244] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, 3e éd., t.1, p.94

[245] *ibid.,* p.111

action »[246] –, et les règles de droit constructives – *« établies pour assurer dans la mesure du possible le respect et l'application des règles de droit normatives »*[247]. Or c'est à cette dernière catégorie de règles qu'appartient la coutume ; celle-ci n'est, aux côtés de loi et de la jurisprudence, qu'un *« mode de constatation de la règle de droit »*[248] qui lui préexiste. En tant que règle constructive, *« la coutume crée les procédés employés pour sanctionner une norme antérieure à elle et obligatoire par elle-même »*[249]. Cette conception de la coutume permet à l'Ecole bordelaise (notamment Léon Duguit, Marc Réglade, Roger Bonnard) d'envisager l'idée d'une coutume *contra constitutionem,* c'est-à-dire dérogeant aux règles constitutionnelles constructives rigides au nom d'une règle normative supérieure[250].

571. La coutume constitutionnelle est ainsi présentée, par l'Ecole de Bordeaux, comme le fondement suffisant du pouvoir réglementaire. *« De cette institution,* écrit Léon Duguit, *il est vrai de dire plus que de toute autre qu'elle est le produit des faits, une création essentiellement coutumière et spontanée, formée sous la pression des nécessités pratiques »*[251]. Parce qu'elle est – au même titre que la constitution positive – un mode de constatation du droit, la coutume constitutionnelle permet à la doctrine bordelaise de contourner la difficulté née du silence des lois de 1875. L'existence coutumière du pouvoir réglementaire s'analyse alors comme une dérogation à la règle formellement constitutionnelle de séparation des pouvoirs, réservant l'exercice de la législation (c'est-à-dire l'émission d'actes-règles) à la Chambre des députés et au Sénat[252]. Surtout, l'argument de la coutume constitutionnelle permet à Duguit et ses élèves de rompre avec la fiction de « l'exécution des lois ». L'existence du pouvoir réglementaire est un phénomène social : la production « d'actes-règles » dans une société donnée est nécessaire à la réalisation de la solidarité sociale (c'est-à-dire du service public) et ne doit rien à l'existence préalable d'une volonté

---

[246] *ibid.,* p.106

[247] *ibid.,* p.107

[248] *ibid.,* p.154

[249] *ibid.,* p.156

[250] Comme l'écrit Marc Réglade, *« les lois de 1875 n'ont qu'un caractère organique, purement constructif, comme toutes les lois constructives, elles n'ont, ainsi que nous l'avons souvent montré, aucune valeur obligatoire par elles-mêmes, elles n'en ont que par les normes juridiques qu'elles mettent en œuvre et qui leur servent de support ».* (REGLADE, M., *La coutume en droit public interne,* Thèse, Doct. Bordeaux, 1919, Impr. De l'Univ., 303 pages, spéc. p.204)

[251] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2e éd., *op. cit.,* p.663

[252] REGLADE, M., *La coutume en droit public interne, op. cit.,* p.190 et s. ; BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., Paris : LGDJ, 1943, 786 pages, spéc. p.285 ; BONNARD, R., *Précis de droit public,* 6e éd., Paris : Sirey, 1944, 444 pages, spéc. p.100. Sur ce point néanmoins, Marc Réglade et Roger Bonnard « dépassent le maître ». Pour Léon Duguit, en effet, l'article 1er de la loi du 25 février 1875 doit s'interpréter en un sens purement formel. L'émission d'actes-règles par le Président de la République procède donc d'une coutume *praeter constitutionem,* et non *contra constitutionem.* (v. DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.4, 2e éd., *op. cit.,* p.756)

parlementaire. La coutume permet ainsi à Léon Duguit, et ses élèves, d'expliquer tant le pouvoir réglementaire autonome (d'organisation et de fonctionnement des services publics, évidemment, mais également de police), que les décrets-lois[253]. Car toutes ces manifestations nouvelles du pouvoir réglementaire témoignent des mutations des fonctions sociales de l'Etat, des services pris en charge par la collectivité au XXe siècle (*cf. infra,* n°573 s.).

572. A la faveur du décalage grandissant entre les textes et les pratiques, la théorie de la coutume constitutionnelle se popularise bien au-delà du cercle de l'Ecole de Bordeaux. Dans les années 1930 et sous la IVe République, elle retrouve un intérêt pour fonder la validité des « décrets-lois »[254], qui s'épanouissent – sous l'empire des circonstances – dans le silence, voire contre les textes constitutionnels. Cette coutume témoigne du caractère social du pouvoir réglementaire.

2) Le pouvoir réglementaire nécessaire à la réalisation de la solidarité sociale

573. Pour l'Ecole de Bordeaux, le pouvoir réglementaire est un « phénomène social » ; il jaillit du milieu social. Ainsi s'explique son caractère de règle coutumière. En effet, la coutume n'est qu'un mode de constatation de la règle de droit – une « règle constructive » dans le langage de Duguit, (*cf. supra,* n°570) – qui *« crée les procédés employés pour sanctionner une norme antérieure à elle et obligatoire par elle-même »*[255]. Le pouvoir réglementaire est donc l'un de ces procédés, créé par la coutume, pour sanctionner une règle antérieure. Cette règle qui justifie l'existence coutumière du pouvoir réglementaire (ou plus généralement l'existence du pouvoir d'émettre des actes-règles par les gouvernants)[256], c'est

[253] *ibid.,* p.719, p.728 ; v. aussi, DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *RDP,* 1924, p.313-349, spéc. p.325, p.330

[254] v., par exemple, ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.52 ; ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.,* 8e éd., t.2, p.113 ; RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875, op. cit.,* p.239 et s. ; BERTHELEMY, H., RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit.,* p.8 ; PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., 1948, p.16, et p.249-250 ; DONNEDIEU de VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 », *Recueil Dalloz,* 1949.I.5, spéc. p.6 ; PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.539 ; QUERMONNE, J.-L., *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français,* Thèse, Caen, 1952, 281 pages, spéc. p.152 ; DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 1ère éd., 1955, *op. cit.,* p.534 ; SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la IVe République, op. cit.,* p.31

[255] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, 3e éd., t.1, p.156

[256] En ce sens, la théorie de Duguit n'est pas spécifiquement une théorie du pouvoir réglementaire. Elle est une théorie *sociale* de « l'acte-règle » qui justifie l'existence d'une fonction de législation, aux mains des gouvernants, dans la société. Contrairement à la théorie d'Hauriou, il n'y a donc pas de spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire chez Duguit. Les lois et les règlements sont, tous deux, des « actes-règles » qui tiennent leur existence de la règle sociale.

la réalisation et le développement de la solidarité sociale[257]. Elle est la règle sociale par excellence, obligatoire par elle-même ; elle confère aux gouvernants le *devoir* d'assurer, de régler ou de contrôler certaines activités, indispensables à l'interdépendance sociale : le service public[258]. Dans la conception duguiste, *« le service public est le fondement et la limite du pouvoir gouvernemental. »*[259] Il impose et justifie l'usage de la force que détiennent les gouvernants dans un milieu social donné. La puissance publique – *l'imperium* – est ainsi le produit d'une obligation, celle de réaliser la solidarité sociale[260]. La fonction législative – qui lorsqu'elle est détenue par un organe non parlementaire prend le nom de pouvoir réglementaire – est donc un phénomène purement social, imposé et justifié pour assurer l'organisation et le fonctionnement du service public, indispensable à la réalisation et au développement de la solidarité sociale[261]. La législation – la *« loi du service »*[262] – est un moyen de poursuivre cette fin :

> « [L'Etat] est une coopération de services publics. (…) [Les gouvernants] sont les gérants des services publics ; une obligation d'ordre juridique, qui prend son fondement dans les éléments constitutifs de la société, les astreint à organiser en services publics certaines activités d'intérêt général et à en assurer le fonctionnement sans qu'aucune interruption se produise. Par la suite, la notion de service public joue un rôle important dans la détermination des fonctions juridiques de l'Etat, et l'on peut, en un sens, définir les fonctions juridiques de l'Etat toutes celles que les gouvernants exercent eux-mêmes ou par leurs agents pour organiser les services publics et en assurer le fonctionnement ininterrompu. »[263]

L'expansion des activités assumées par la collectivité au XXe siècle – *« l'explosion des services publics »*[264] (J. Chevalier) – justifie donc l'expansion des activités juridiques de l'Etat, particulièrement l'expansion de sa fonction législative, et le transfert de son exercice vers l'Exécutif. Ainsi se trouve justifiée, pour l'Ecole de Bordeaux, l'émancipation du pouvoir réglementaire. L'incapacité du Parlement – cet *« organe pesant »*[265] (L. Duguit) – à satisfaire le fonctionnement ininterrompu des services publics, toujours plus nombreux, dans des circonstances de temps et de lieux, toujours plus incertaines, justifie le développement

---

[257] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.*, 3e éd., t.2, p.60
[258] *ibid.,* p.60-62
[259] *ibid.,* p.62
[260] *ibid.*
[261] *ibid.,* p.172 et s. ; p.292
[262] *ibid.,* p.71
[263] *ibid.,* p.152-153
[264] CHEVALIER, J., *Le service public,* Paris : PUF, « Que sais-je ? », 2008, 128 pages, spéc. p.63
[265] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* t.4, 2e éd., p.760

spontané des règlements de nécessité, règlements autonomes, et décrets-lois [266]. L'épanouissement de cette coutume révèle l'incapacité progressive des lois positives – dont sont les lois constitutionnelles de 1875 – à satisfaire la règle sociale antérieure, celle d'assurer l'interdépendance des hommes vivant en société. Le pouvoir réglementaire est donc, chez Duguit, une véritable nécessité sociale[267]. Il ne résulte pas des dispositions formellement constitutionnelles de 1875 (certainement pas de la fonction « d'exécution des lois ») mais procède d'une règle sociale à satisfaire. Il jaillit spontanément du milieu social, et cette origine suffit à lui conférer sa validité. Chez Duguit donc, « nécessité fait loi ».

B- LA NATURE COMME FONDEMENT

574. Au XXe siècle, le pouvoir réglementaire est souvent présenté comme une attribution « naturelle » de l'Exécutif[268], inhérente au phénomène de commandement. On renoue ici avec la doctrine médiévale chrétienne de la *ratio necessitas*, réactualisée par Locke[269]. Les pouvoirs du Prince (la prérogative royale) sont justifiés par leur finalité : sauvegarder le Bien commun. Ils tirent donc leur fondement, non des lois positives, mais d'une loi naturelle de conservation de la communauté politique. Cette conception thomiste irrigue encore les réflexions contemporaines sur l'*imperium* de l'Exécutif. Sous la plume de Maurice Hauriou – et de la doctrine institutionnaliste – la légitimité substantielle du pouvoir réglementaire suffit à lui conférer un fondement juridique (1). A l'épreuve du parlementarisme absolu, la thèse des habilitations naturelles de l'Exécutif permet de contourner les lacunes des constitutions positives. En témoigne, par exemple, la loi dite « André Marie » du 17 août 1948 qui présente

---

[266] *ibid.,* p.760-761 : *« le Parlement est un organe pesant, qui ne peut que difficilement remplir en son entier la mission qui lui incombe. D'où la nécessité, plus pressante chaque jour, d'étendre le pouvoir réglementaire du Gouvernement et de lui donner compétence même pour modifier certaines lois formelles. Il en est surtout ainsi quand les intérêts généraux du pays exigent que les questions soient résolues rapidement et qu'il est impossible d'attendre l'achèvement de la longue procédure parlementaire. »*

[267] v., dans le même sens, REGLADE, M., *La coutume en droit public interne, op. cit.,* p.213 et s.

[268] v., HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 12e éd., *op. cit.,* p.556 : *« Les autorités administratives tiennent leur pouvoir réglementaire formellement de la Constitution et de l'organisation administrative. Mais la législation ne fait que reconnaître ici la nature des choses car le pouvoir réglementaire est inhérent à tout pouvoir de commandement. »* (on souligne). Il ajoute en note : *« Le pouvoir réglementaire qu'exerçaient les Parlements sous l'ancien régime était naturel ».* (*ibid.,* note 7). ; v., dans le même sens, MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.23, p.170, et p.178 ; BARTHELEMY, J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes, op. cit.,* p.557 ; DELVOLVE, J., *Les « délégations de matières » en droit public, op. cit.,* p.130 ; TEITGEN, P.-H., *La police municipale générale : L'ordre public et les pouvoirs du maire,* Paris : Sirey, 1934, 519 pages, spéc. p.2 ; RIVERO, J., « Note sous CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart* », *S.,* 1937.III.113, spéc. p.115 ; JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, op. cit.,* p.195 ; HAURIOU, A., *Cours de droit constitutionnel et des institutions politiques : 1955-1956,* Paris : Les cours de droit, 1955/56, 657 pages, spéc. p.609-610

[269] v., sur ce point, MONTAY, B., *op. cit.,* p.532 et s.

comme recognitives de la nature des choses les matières laissées à la compétence du Gouvernement (2).

1) La légitimité substantielle du pouvoir réglementaire

575. La légitimité renvoie à l'acceptable. Dans l'idéal républicain orthodoxe, le pouvoir réglementaire n'est acceptable qu'à condition d'être légal, c'est-à-dire de puiser son fondement dans une loi dont il assure l'exécution. Ainsi, chez Carré de Malberg, « légalité » et « légitimité » sont pris pour synonymes[270] ; la légitimité du pouvoir réglementaire est purement légale-rationnelle. Tout au contraire, dans la théorie institutionnaliste de Maurice Hauriou, il existe une *« légitimité supérieure »*[271] aux lois constitutionnelles de 1875 ; c'est la *« constitution sociale »*[272] (a), à l'origine du Droit et de la validité des actes. Le pouvoir réglementaire tire donc son fondement, non de la « constitution politique », mais d'une loi supérieure de conservation de la « constitution sociale ». En ce sens, il est nécessaire – inhérent – à l'existence de l'Etat lui-même (b).

a) La « constitution sociale » comme « légitimité supérieure »

576. Chez Maurice Hauriou, la constitution ne se réduit pas aux vingt-cinq articles des trois lois constitutionnelles de 1875[273]. Il existe « au-delà » de cette *« constitution politique »*[274] une *« constitution sociale »*[275], faite des principes individualistes de liberté et de justice qui sont au fondement de la vie privée, et sont à la base de la civilisation[276]. Ce sont les principes de 1789 (*cf. supra,* n°515). Cette « constitution sociale » est donc supérieure à la « constitution politique »[277] ; car, écrit Hauriou, *« l'Etat (...) n'a point sa fin en lui-même, il a*

---

[270] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.534, note 8 ; p.582, p.600 ; CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.41, p.85, p.162-163, p.166, p.170, p.172

[271] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.339

[272] *ibid.*

[273] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 1ère éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1923, 742 pages, spéc. p.317, v. aussi p.298 : *« il faut substituer à la conception étroite de la loi constitutionnelle écrite celle de la* superlégalité, *qui permet d'ajouter aux textes constitutionnels tous les principes fondamentaux de l'Etat envisagés comme formant une légitimité constitutionnelle* ». En 1923, « superlégalité » et « légitimité » sont entendues comme des synonymes. En 1929, à l'occasion de la réédition de son *Précis,* Maurice Hauriou les distingue nettement : la « superlégalité » qualifie les trois lois constitutionnelles positives.

[274] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.XIII

[275] *ibid.*

[276] *ibid.,* et p.611 et s.

[277] *ibid.,* p.XIII, p.339, p.611

sa fin dans le bien commun de la société privée. »[278] Cette conception thomiste de l'Etat – et de son pouvoir de domination – justifie la dépendance spéciale dans laquelle se trouve placée la « constitution politique » vis-à-vis de la « constitution sociale », donc la soumission de l'Etat au Droit. La « constitution sociale » forme ainsi une *« légitimité supérieure »*[279] à la légalité constitutionnelle ; elle est faite de *« l'ensemble des principes fondamentaux qui déterminent la validité juridique des actes. »*[280] Là réside l'essence jusnaturaliste de la pensée d'Hauriou[281]. Les lois constitutionnelles de 1875 sont faites pour garantir, et réaliser en droit positif, les principes de la « constitution sociale ». Elles tiennent leur validité, non de leur positivité, mais de leur correspondance aux principes de la « constitution sociale ». Dans la théorie d'Hauriou, cette dilution de la constitution positive dans une légitimité constitutionnelle supérieure est au fondement du contrôle de constitutionnalité des lois. Lorsque les lois positives – y compris les lois constitutionnelles – ne permettent plus de satisfaire la « constitution sociale », il appartient au juge d'en suspendre l'application, et de reconnaître, corollairement, la validité des actes qui en assurent, quant à eux, la conservation. Ainsi s'explique, chez Hauriou, le véritable fondement du pouvoir réglementaire.

577. Cette conception est exposée, dès avant 1914, dans ses notes sous les arrêts du Conseil d'Etat *Winkell,* du 7 août 1909, et *Tichit,* du 1er mars 1912[282], pour justifier l'atteinte portée par l'Exécutif à l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 relatif à l'obligation de communication du dossier aux fonctionnaires en matière disciplinaire. Maurice Hauriou y développe une théorie des *« lois fondamentales »*[283], matériellement constitutionnelles, qui forment le tissu de la « constitution sociale ». Celles-ci ne se réduisent pas aux trois lois constitutionnelles de 1875[284] ; il appartient au juge, à l'occasion de chaque espèce, d'opérer un *« triage »*[285] entre les lois positives pour déterminer celles d'entre-elles qui revêtent un caractère fondamental. Elles sont celles qui réalisent – directement (en les consacrant) ou

---

[278] *ibid.,* p.612
[279] *ibid.,* p.339
[280] *ibid.,* p.238
[281] v., sur ce point, BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, op. cit.,* p.257 et s., spéc. p.261
[282] CE, 7 août 1909, *Winkell,* Rec. p.926 et 1296, concl. Tardieu ; *S.* 1909.3.145, concl. Tardieu, note Hauriou ; *RDP,* 1909.494, note Jèze. ; CE, 1er mars 1912, *Tichit,* Rec. p.302 ; *S.* 1913.III.174, note Hauriou
[283] HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op cit.,* p.177 : *« [d]errière l'idée formelle de faire des lois constitutionnelles qui ne soient pas votées de la même façon que les lois ordinaires, afin d'acquérir par là plus de solennité et plus de valeur, il y a cette idée matérielle qu'il existe une hiérarchie parmi les lois, qu'il y a des lois fondamentales et d'autres qui ne le sont pas, et que les lois ordinaires doivent être subordonnées aux lois fondamentales »*
[284] *« Il y a donc des lois fondamentales, et il y a en dehors des lois constitutionnelles proprement dites. »* (*ibid.*)
[285] *ibid.,* p.179

indirectement (en les protégeant) – les principes individualistes de liberté et de justice qui sont à la base de la « constitution sociale ». De ce triage procède le contrôle de la constitutionnalité des lois positives ; de la hiérarchie entre les « lois fondamentales » et les lois ordinaires découle, en cas de conflit, l'obligation pour le juge de refuser d'appliquer les secondes (ou de refuser d'en reconnaître la violation) au bénéfice des premières[286]. Ainsi s'expliquent, pour Hauriou, les solutions des arrêts *Winkell, Tichit* et même *Heyriès*[287] ; l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 entre en confrontation avec la loi du 28 pluviôse an VIII qui, parce qu'elle assure la centralisation administrative, assure la sauvegarde de l'Etat, dont dépend la conservation des principes de la « constitution sociale ». La suspension de la loi de 1905, par décret, est donc justifiée et validée par le juge.

578. De là découle le véritable fondement du pouvoir réglementaire chez Hauriou. L*'imperium* de l'Exécutif tire sa validité, non des dispositions de la « constitution positive », mais de sa correspondance à la « constitution sociale ». Il n'a donc rien à voir avec « l'exécution » des lois, dont il peut légitimement s'émanciper lorsqu'il s'agit de consacrer, ou de conserver, en ses lieux et places, les principes supérieurs de la « constitution sociale ». Cette idée renoue avec la *ratio necessitatis* chrétienne médiévale*,* réactualisée par Locke :

> « le bien de la société demande qu'on laisse une quantité de choses à la discrétion de celui qui a le *pouvoir exécutif*. Car, les législateurs n'étant pas capables de prévoir tout, ni de pourvoir, par des loix, à tout ce qui peut être utile et nécessaire à la communauté, celui qui fait exécuter les loix, étant revêtu de pouvoir, a, *par les loix communes de la nature*, le droit d'employer son pouvoir pour le bien de la société, dans plusieurs cas, auxquels les loix de l'état n'ont point pourvu, jusqu'à ce que le *pouvoir législatif* puisse être duement assemblé, et y pourvoir lui-même. Et certainement, il y a plusieurs cas auxquels les législateurs ne sauroient pouvoir en aucune manière ; et ces cas-là doivent nécessairement être laissés à la discrétion de celui qui a le *pouvoir exécutif* entre les mains, pour être réglés par lui, selon que le bien public et l'avantage de la société le demandera. Cela fait que les loix mêmes, doivent, en certains cas, céder au *pouvoir exécutif,* ou plutôt à la loi fondamentale de la nature et du gouvernement, qui est, qu'autant qu'il est possible, tous les membres de la société doivent être conservés. »[288] (on souligne)

Ces considérations justifient non seulement le pouvoir réglementaire autonome (*praeter legem*), mais encore le pouvoir réglementaire d'exception *(contra legem),* dès lors qu'il s'agit d'assurer la conservation de la « constitution sociale ». En ce sens, l'Exécutif est moins une puissance exécutrice des lois, qu'une *« puissance exécutrice des choses, spécialement de la*

---

[286] *ibid.,* p.178

[287] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.283-287

[288] LOCKE, J., *Traité du gouvernement civil, op. cit.,* chapitre XIII « De la Prérogative », p.250-251

chose publique »[289], selon les mots d'Hauriou, c'est-à-dire du Bien commun, dont dépend l'existence de la communauté politique[290].

579. A l'épreuve des crises du XXe siècle, ces conceptions font florès. On assiste à un véritable renouveau du droit naturel. La loi positive suffit-elle à garantir les principes de Liberté et de Justice ? Suffit-elle à assurer la conservation des membres de la société, cette finalité du bon gouvernement lockéen ? Les guerres – et la législation raciale et persécutive de Vichy – témoignent du contraire. A la Libération, et dans les années 1950, on admet de mieux en mieux l'existence d'une légitimité supérieure aux lois constitutionnelles positives[291], suffisante à fonder la *prérogative* de l'Exécutif à agir *praeter,* voire *contra, legem.* Le principe de continuité des services publics – ce principe qui paraît avoir une *« valeur supérieure »*[292] (J. Fournier) – est l'expression jurisprudentielle de la légitimité substantielle du pouvoir réglementaire pour assurer la sauvegarde de la communauté politique (*cf. supra,* n°525 s.).

b) La « nécessité aléthique » du pouvoir réglementaire

580. Parce qu'il participe à la conservation de la « constitution sociale » – c'est-à-dire à *« l'idée d'œuvre »*[293] de l'institution étatique (*cf. supra,* n°515 s.) – le pouvoir réglementaire est donc inhérent au phénomène institutionnel[294]. Il prend naissance, et trouve sa raison d'être, dans l'institution ; car, il occupe en son sein une fonction spécifique – la fonction

---

[289] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.385. Il les emprunte évidemment à Montesquieu.

[290] SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.137

[291] v., par exemple, les propos de René Cassin à propos des « principes généraux du droit » : *« [les PGD] constituent un vaste fonds de règles écrites ou coutumières, dont la Révolution de 1789 a fourni la base et dont le contenu s'est enrichi pendant plus de cent-cinquante ans au fur et à mesure du développement de la démocratie. Les très brèves lois de 1875 sur l'organisation des pouvoirs publics de la IIIe République ne constituaient qu'une faible partie de cet ensemble ; de telle sorte que leur violation par les uns, l'impossibilité corrélative pour les autres de les respecter, enfin leur abolition régulière par la volonté du peuple, qui ont affecté gravement le jeu des organes politiques entre 1940 et 1947, n'ont pas sapé l'autorité des « lois fondamentales » même non écrites, du régime républicain de France. C'est le droit commun de la République (...). »* CASSIN, R., « Introduction », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* n°1, 1947, p.9-17, spéc. p.10 ; v. encore, les propos de Jean Rivero : *« il existe en France un corps de règles juridiques, dont l'autorité ne doit rien à la volonté du pouvoir constitutionnellement investi de la compétence législative, c'est donc un fait qu'on est contraint d'accepter. (...) [S]i l'on remarque que les principes dont le Conseil d'Etat se constitue le gardien se rattachent étroitement, soit au respect de la personne humaine et de sa dignité, soit à la nature des choses, on ne peut guère ne pas évoquer à leur sujet les « lois non écrites » qui transcendent les impératifs du pouvoir, c'est-à-dire, d'un mot, le droit naturel. »* (RIVERO, J., « Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francès contemporaneo », *Revista de Administracion Publica,* n°6, septembre-décembre 1951, p.289-300, spéc. p.300) ; v. aussi JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, op. cit.,* p.247 et s., spéc. p.255

[292] « Conclusions sur CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils », RDP* 1959, p.1012

[293] HAURIOU, M., « La théorie de l'institution et de la fondation », *art. cit.,* p.96.

[294] Cette dimension a été, maintes fois, mise en évidence (*cf. supra,* n°512 et les références citées)

« d'adaptation réactive » (*cf. supra,* n°522) – permettant à l'idée d'œuvre institutionnelle de persévérer dans son être, en toutes circonstances de temps et de lieu. Dans la théorie institutionnaliste, le pouvoir réglementaire est donc lié à l'existence même de l'Etat. Il est l'expression du pouvoir de domination (un pouvoir de commandement sous menace de contrainte)[295] confié au chef pour assurer le salut du groupe. L'Etat disparaîtrait si disparaissait le pouvoir réglementaire ; et le pouvoir réglementaire n'existe que parce que l'Etat existe[296]. La raison d'être du pouvoir réglementaire dans l'Etat – ou dans toute institution en général – relève donc d'une *« nécessité aléthique »*[297] (G. Tusseau), en ce sens que l'existence de l'un est indispensable à l'existence de l'autre.

581. Dans la théorie institutionnaliste, le pouvoir réglementaire ne procède donc d'aucune habilitation législative ou constitutionnelle positive. Il est *« sécrété »*[298] par l'institution elle-même. Cette idée est particulièrement bien mise en évidence par Jean Rivero dans sa note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, *Jamart,* du 7 février 1936[299] :

> « [l]e pouvoir du chef de service répond à une nécessité – non pas même juridique, ou logique – mais biologique, en ce sens que, si l'on prétendait éliminer ce pouvoir, le service ne pourrait subsister et fonctionner normalement. (…) L'existence du pouvoir de décision du chef de service consacré par l'arrêt *Jamart* trouve donc son fondement, en dehors de tout texte, dans le caractère de nécessité avec lequel il apparaît. La notion si discutée de la nature des choses, reçoit ici un lustre nouveau : si, en définitive, le Conseil d'Etat a dû, en l'absence de tout texte, reconnaître ce pouvoir, c'est parce qu'il répond à une nécessité de fait, qu'il s'inscrit dans une nature des choses contre laquelle le législateur même verrait pratiquement se briser son autorité. »[300] (on souligne)

Il y a donc, pour Jean Rivero, une *« évidente parenté »*[301] entre la théorie des principes généraux du droit (l'existence d'un « au-delà » constitutionnel supérieur à la constitution positive) et les pouvoirs reconnus au chef d'en assurer l'organisation, ou la sauvegarde. Tel est le sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat depuis l'arrêt *Winkell,* jusqu'à l'arrêt *Dehaene.* Le pouvoir réglementaire est revêtu d'une légitimité substantielle qui justifie son existence. Dans cette conception « nécessité fait loi ». Dans le silence des lois

---

[295] HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 2e éd., p.19

[296] Les sociétés sans Etat sont régies par la coutume. v. HAURIOU, M., *Principes de droit public, op. cit.,* 1ère éd., p.620 et s.

[297] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.561

[298] HAURIOU, M., « La théorie de l'institution et de la fondation », *art. cit.,* p.116. Car, l'institution engendre les règles de droit nécessaires à la réalisation (la consécration ou la protection) de son idée d'œuvre. (v. *ibid.,* p.94 et v. HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.135)

[299] CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart,* Rec. p.172 ; *S.* 1937.III.113, note Rivero

[300] RIVERO, J., « Note sous CE, 7 février 1936, *Jamart* », *S.,* 1937.III.113, spéc., p.117

[301] RIVERO, J., « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Recueil Dalloz,* 1951, reproduit *in :* RIVERO, J., OTERO, C., *Du gouvernement du juge administratif,* Paris : Dalloz, juillet 2016, 18 pages – [65 pages], spéc. p.1-18, spéc. p.15

constitutionnelles de 1875 et 1946, la nature et les choses sont érigées – par cette doctrine et la jurisprudence – en fondement suffisant du pouvoir réglementaire.

2) Éluder la constitution écrite : la loi du 17 août 1948 et la théorie des matières réglementaires « par nature »

582. Dans le silence des textes, la « nature des choses » permet donc de justifier l'existence du pouvoir réglementaire. Sous la IVe République, la volonté d'en finir avec les décrets-lois, en votant l'article 13 de la Constitution de 1946 (*cf. supra,* n°315 s.), crée un obstacle textuel nouveau. La théorie des matières ayant « par leur nature » un caractère réglementaire, consacrée par la loi « André Marie » du 17 août 1948[302], est imaginée par le Conseil d'Etat (a) pour contourner l'interdiction fixée par le texte constitutionnel, et permettre un retour déguisé aux décrets-lois (b). Elle est un témoignage supplémentaire de l'insuffisance grandissante du droit constitutionnel positif pour surmonter les crises au XXe siècle, et révèle la dilution des textes dans un « au-delà » jusnaturaliste.

a) Le concours du Conseil d'Etat

583. A l'été 1948, l'installation durable de la Troisième Force au pouvoir oblige le centre gauche à se rapprocher de la droite libérale ; les partis s'entendent sur de nombreux points, en particulier les réformes économiques et l'orthodoxie financière[303]. La nomination de Paul Reynaud au ministère des finances en juillet 1948 témoigne de ce retour au libéralisme économique. Le 6 août 1948, le président André Marie dépose alors sur le bureau de l'Assemblée nationale un projet de loi de redressement économique et financier[304]. En la forme, ce projet – qui deviendra la loi n°48-1268 du 17 août 1948 – s'apparente à une véritable loi d'habilitation, autorisant le Gouvernement à modifier par décret des dispositions législatives formelles, dans matières énumérées à l'article 7 de la loi, et qualifiées de « règlementaires par leur nature »[305]. L'article 6 est ainsi conçu :

---

[302] Loi n°48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier, dite loi « André Marie » (J.O.R.F. du 18 août, p.8082). **(*cf.* les extraits reproduits en Annexe n°7)**

[303] v. RIOUX, J.-P., *La France de la quatrième République. 1, L'ardeur et la nécessité : 1944-1952, op. cit.,* p.225-226

[304] On lit dans l'exposé des motifs que *« l'économie de la France est en péril »,* et que *« face à une situation aussi grave, le Gouvernement entend prendre ses responsabilités [et] demande au Parlement de lui accorder, dans le cadre de la Constitution, les moyens d'action. »* (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, 2e séance du 6 août 1948, annexe n°5192, p.1814)

[305] v., sur cette loi, DONNEDIEU de VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 » ; PINTO, R., « La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.517 ; LIET-VEAUX, G., « Décrets-lois et décrets de crise », *Revue administrative,* 1948, n°6, p.49-51 ;

> « A dater de la promulgation de la présente loi dans les matières ayant par leur nature un caractère réglementaire, déterminées à l'article 7 ci-dessous, des décrets pourront désormais être pris en conseil des ministres et après avis du conseil d'Etat et sur rapport du ministre des finances et des affaires économiques et des ministres intéressés, pour abroger, modifier ou remplacer les dispositions en vigueur. » (on souligne)

584. La référence à la « nature des choses » est une construction imaginée par la Commission permanente du Conseil d'Etat pour contourner l'obstacle de l'article 13 de la Constitution de 1946 aux termes duquel : *« L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit. »* (*cf. supra,* n°315 s.). L'avant-projet, présenté par le Secrétariat général du Gouvernement au Conseil d'Etat, est conçu comme une loi d'habilitation classique ; le titre 1er détermine les réformes à réaliser, et fixe au Gouvernement les objectifs et atteindre ; le titre 2nd attribue au Gouvernement les moyens de réaliser ces objectifs, en élargissant le champ de son pouvoir réglementaire et l'autorisant à modifier la législation formelle en vigueur[306]. Devant la Commission permanente du Conseil d'Etat, le 5 août 1948, le rapporteur Maurice Lagrange émet des réserves sur la constitutionnalité du dispositif : *« [o]n a l'impression que ce système excède ce qui est normalement permis dans une loi quant à la délégation au pouvoir réglementaire »*[307]. La formulation des objectifs assignés au Gouvernement par le titre 1er paraît *« trop vague »*[308] ; quant au titre 2nd, il semble réaliser une *« délégation d'ordre général »*[309], contraire à l'article 13 de la Constitution de 1946 : *« le Gouvernement ne peut pas avoir le pouvoir de modifier lui-même les textes de nature législative. »*[310] Le rapporteur ne se trompe pas sur la véritable nature du projet de loi. Il s'agit d'un retour au procédé des décrets-lois. Le Gouvernement n'en disconvient pas. Mais il

---

MORANGE, G., « La réalisation de la réforme fiscale par voie réglementaire », *D.,* 1948, chr. n°42, p.177-180 ; MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *D.,* 1953,I.57 ; MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *EDCE*, 1954, 56-94 ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p.501-502 ; PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel,* 3e éd., *op. cit.,* p.407

[306] CE, Commission permanente, 5 août 1948, D.912.CP, « Projet de loi tendant au redressement économique et financier », n°244915 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/86. Les débats en Commission permanente sont conservés aux Archives du Conseil d'Etat – site de la rue Richelieu, sous la cote 199815/2, p.364. L'avant-projet présenté au Conseil d'Etat par le Gouvernement prévoyait, à l'article 7 (futur article 6), *« [qu]'à dater de la promulgation de la présente loi, les textes ayant force de loi, relatifs aux matières énumérées dans l'article 8, ci-dessous, seront à l'exception des dispositions de caractère pénal, réputées avoir simplement valeur réglementaire quant au pouvoir du Gouvernement de les modifier et pourront être abrogés, modifiés ou remplacés par des décrets pris en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat et sur rapport du ministre des finances et des affaires économiques et des ministres intéressés ».* **(*cf.* les extraits reproduits en Annexe n°5)**

[307] Compte-rendu des débats en Commission permanente, 5 août 1948, *op. cit.,* p.365

[308] *ibid.*

[309] *ibid.*

[310] *ibid.* Il ajoute : *« ce que le législateur ne peut pas faire, c'est de déclarer lui-même que toute une série de matières du pouvoir législatif feront désormais partie du domaine réglementaire, ainsi qu'il est dit à l'article 6. »* (*ibid.,* p.365-366) Ce serait reconnaître au Gouvernement le pouvoir de modifier les lois formelles.

souhaite agir ; les propos du représentant du cabinet du ministre des finances, Monsieur Doublet, en témoignent :

> « le Gouvernement se trouve en présence de difficultés : il peut aménager les modalités de fonctionnement des services publics, mais en vertu des principes budgétaires, les effectifs sont fixés par des lois de finances. C'est pourquoi il lui faut une délégation assez large. (…) Avant tout, il faut simplifier. »[311]

585. Le Conseil d'Etat a donc parfaitement conscience des véritables intentions du ministère des finances. Dans la suite de la séance, il s'attelle à imaginer un dispositif qui permettrait de reconnaître au Gouvernement le pouvoir de modifier la législation formelle en vigueur (c'est-à-dire de renouer avec les décrets-lois) sans donner l'impression de rompre avec l'article 13 de la Constitution. Ainsi émerge la théorie des matières réglementaires « par nature ». Elle est un montage théorique censé voiler l'aliénation de son pouvoir législatif par l'Assemblée nationale. L'avis de la Commission permanente du Conseil d'Etat, du 5 août 1948, est ainsi conçu :

> « [L]e texte encourt le reproche de supposer qu'il appartient au Parlement de déterminer les matières entrant dans le pouvoir réglementaire, sans rechercher dans quelle mesure elles auraient réellement par leur nature ce caractère.
>
> La Commission permanente pense que les matières qui seront énumérées au Titre II doivent être déterminées de façon qu'il apparaisse qu'elles entrent dans le pouvoir réglementaire normal. »[312]

Le Conseil d'Etat invite donc à présenter les matières laissées à la compétence de l'Exécutif comme purement recognitives d'un ordre des choses préexistant et antérieur. Il modifie le projet de loi et introduit la référence aux matières ayant *« par leur nature »* un caractère réglementaire. La solution est ingénieuse. Elle permet de conférer à la loi du 17 août 1948 un caractère antivolontariste ; l'Assemblée nationale *n'a pas délégué* au Gouvernement la régulation de certaines matières, elle ne fait que reconnaître la « nature des choses ». La théorie permet de contourner l'obstacle de l'article 13 de la Constitution de 1946 en conférant un brevet préventif de constitutionnalité au projet de loi.

b) Une fiction utile pour l'adoption du projet

586. La théorie des matières réglementaires « par nature » est imaginée pour surmonter l'obstacle d'inconstitutionnalité, et pour voiler le véritable caractère de la loi du 17 août 1948 : renouer avec les décrets-lois. Le Gouvernement n'est pas dupe de l'inconstitutionnalité

---

[311] *ibid.,* p.366

[312] v. la note conservée aux Archives nationales sous la cote 19990025/86, D.912.CP (*cf.* Annexe n°6)

du projet, et très heureux du concours du Conseil d'Etat pour sauvegarder les apparences. Les discussions au cours du conseil des ministres, du 5 août 1948, sont particulièrement révélatrices : Daniel Mayer, ministre socialiste du travail *« craint que les réactions du Parlement ne soient vives »*[313] et doute que le projet soit conforme à la Constitution. Le président du conseil, André Marie, indique que *« la Commission permanente du Conseil d'Etat a été consultée et admet, sous certaines modifications, (...) la constitutionnalité du projet. »*[314] (*cf. supra,* n°585) Léon Blum, vice-président du conseil, rappelle *« les efforts faits en commun pour rendre le projet aussi acceptable que possible »*[315], c'est-à-dire pour dissimuler sa véritable nature. Le conseil des ministres a parfaitement conscience de renouer avec les décrets-lois. Pour Léon Blum, *« il est clair que nous essayons de résoudre la quadrature du cercle : nous cherchons les pleins pouvoirs sans le dire »*[316]. Robert Schuman, ministre des affaires étrangères, *« ne croit pas que le Parlement puisse voter les lois qui s'imposent. Il faut un texte de pouvoirs spéciaux. »*[317]. Quant à Vincent Auriol, Président de la République, il reconnaît que *« quoi que dise le Conseil d'Etat »*[318], il s'agit sans doute d'une *« délégation générale de pouvoir »* ; *« si le comité constitutionnel était saisi, j'ai bien peur que cette loi ne soit déclarée inconstitutionnelle »*[319]. Mais la saisine du comité constitutionnel n'aura pas lieu. Quoi qu'il en soit, ces débats au conseil des ministres sont révélateurs de l'état d'esprit d'août 1948. Les décrets-lois paraissent nécessaires au redressement économique et financier, et l'inconstitutionnalité semble inévitable. Mais la volonté de ne pas renoncer aux « illusions » de 1946 (G. Elgey) – moins de deux ans après l'entrée en vigueur de la Constitution – conduit l'Exécutif à imaginer la théorie des matières réglementaires « par nature », censée témoigner d'un antivolontarisme désintéressé.

587. La fiction de la « nature des choses » permet surtout de sauvegarder les apparences de la constitutionnalité devant l'Assemblée nationale, au stade de la discussion et de l'adoption du projet. Dans la séance du 8 août 1948, le président-rapporteur pour avis de la commission de la justice et de la législation, Henri-Louis Grimaud, écarte le vice d'inconstitutionnalité sur le fondement de ce montage théorique : *« dès l'instant, qu'il ne s'agit, pour le Gouvernement, que de statuer sur des matières qui, par nature, sont réglementaires, comment pourrions-nous*

---

[313] AURIOL, V., *Journal du septennat : 1947-1954. tome II, 1948, op. cit.,* p.353
[314] *ibid.*
[315] *ibid.*
[316] *ibid.,* p.354
[317] *ibid.,* p.355
[318] *ibid.,* p.356
[319] *ibid.*

dire que ce texte va à l'encontre de l'article 13 ? »[320] Le président du conseil, André Marie, reprend cette argumentation à son compte :

> « ces attributions essentielles, le Gouvernement ne vous demande pas aujourd'hui de les lui déléguer. Il n'a jamais pensé que les mesures à prendre auraient valeur législative. (…) [Il s'agit] de rétablir dans leurs attributions propres le législatif et l'exécutif. (…) J'invoque à cet égard, l'avis autorisé de la Commission permanente du Conseil d'Etat, qui a été consultée et qui s'est prononcée dans le sens que vous savez. (…) Il ne s'agit en rien de porter atteinte à la compétence du Parlement. Nous ne demandons rien au-delà de la compétence naturelle du pouvoir exécutif. »[321] (on souligne).

A la faveur de cet antivolontarisme, le président du conseil parvient donc à laisser croire que l'Assemblée nationale n'aliène pas son pouvoir législatif. Ces propos ne trompent évidemment pas René Capitant qui, percevant l'hypocrisie du projet, se lance dans une longue diatribe contre les décrets-lois[322]. Le projet gouvernemental est malgré cela adopté, par l'Assemblée nationale, à 325 voix contre 215 le 10 août. Le texte est adopté, en deux séances seulement, par le Conseil de la République le 13 août 1948, à 173 voix contre 97.

588. La doctrine ne se trompe pas sur le véritable caractère de la loi du 17 août 1948. C'est bien d'un *« retour offensif des décrets-lois »*[323] qu'il s'agit. Le président André Andrieux lui-même reconnaîtra quelques années plus tard la *« grande hypocrisie »*[324] de cette théorie des matières réglementaires « par nature », pourtant élaborée sous sa présidence par la Commission permanente en août 1948. Quoi qu'il en soit, elle est un aveu de l'échec des textes constitutionnels à fonder l'extension du pouvoir réglementaire sous la IVe République. Le droit naturel permet de combler, ouvertement, les lacunes du droit positif.

589. Conclusion. A la faveur du décalage persistant entre les textes et la pratique au XXe siècle, on assiste à un renouveau des sources du pouvoir réglementaire. D'une part, la

---

[320] J.O.D.P., Assemblée nationale, n°102, 1ère séance du 8 août 1948, p.5520.

[321] *ibid.,* p.5526

[322] J.O.D.P., Assemblée nationale, n°103, 1ère séance du 9 août 1948, p.5566 et s. *« il s'agit, en réalité, de revenir à la Troisième République déclinante, à celle des années d'avant-guerre ; il s'agit de réintroduire, dans le cadre de la Quatrième République, les institutions qui ont mené la Troisième à sa perte ; il s'agit de revenir aux décrets-lois, c'est-à-dire à la décadence du régime parlementaire »* (p.5572).

[323] WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif,* 5e éd., Paris : Sirey, 1950, 603 pages, spéc. p.34 ; PINTO, R., « La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.529 ; DONNEDIEU de VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 », *art. cit.,* p.8 ; LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.196 et 201 ; CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *RDP,* 1953, p.991

[324] CE, Assemblée générale, 9 septembre 1954, « Projet de décret modifiant et complétant, en ce qui concerne le régime du travail et les congés payés dans la Marine marchande, la loi du 13 décembre 1926, portant Code du travail maritime », n°264954 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/344 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/19, dossier n°80, spéc. p.20

Première guerre mondiale, et les graves crises traversées par la République parlementaire entre 1914 et 1958 (crise économique, décolonisation etc.), donnent à la *ratio necessitatis* médiévale une actualité nouvelle. La sauvegarde du Bien commun (les « principes de 1789 ») justifie, aux yeux de l'école de Toulouse, tous les pouvoirs du chef ; le pouvoir réglementaire revêt une légitimité substantielle, appuyée sur une loi naturelle de conservation du groupe. D'autre part, l'expansion des activités de l'Etat au XXe siècle justifie, aux yeux de l'école de Bordeaux, le déploiement coutumier du pouvoir réglementaire ; ce dernier « jaillit du milieu social » pour assurer l'organisation et le fonctionnement des services publics, toujours plus nombreux, et nécessaires à la réalisation des nouvelles solidarités sociales. Ces doctrines républicaines sont *hétérodoxes,* en ce qu'elles rompent avec le positivisme juridique et s'émancipent des textes constitutionnels. La nécessité sociale ou institutionnelle du pouvoir réglementaire suffit à lui conférer un fondement.

§2. « Nécessité n'a point de loi »

590. Le positivisme juridique est au fondement de l'idée républicaine[325], construite en opposition aux théories du droit naturel. Dans cette conception, on refuse toute juridicité à la nécessité[326]. Ici, « nécessité n'a point de loi ». Impossible d'y voir le fondement juridique de l'*imperium* de l'Exécutif[327]. Comment, dans ces conditions, justifier les manifestations modernes – c'est-à-dire non administratives – du pouvoir réglementaire (règlements de nécessité, règlements autonomes, voire décrets-lois) ? La doctrine républicaine orthodoxe les relègue initialement hors du droit. Édictés en violation des règles constitutionnelles, ces règlements n'acquièrent qu'une simple *« valeur de fait »*[328] (H. Nézard). Leur nécessité pour la sauvegarde de l'Etat suffit cependant à les « excuser » (A). Mais ces violations, sans cesse plus nombreuses entre 1914 et 1958, inquiètent : « *la Constitution est-elle bien la norme fondamentale* ? »[329] (B)

---

[325] v., NICOLET, C., *L'idée républicaine, op. cit.,* p.342 et s.
[326] SAINT-BONNET, F., « Exception, nécessité, urgence », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.677
[327] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.534, note 8
[328] ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.,* 8e éd., t.2, p.105, note 153
[329] WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *art. cit.,* p.411

A- EXCUSER L'ILLEGALITE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

591. Entre 1914 et 1958, le constat de l'insuffisance des textes à pourvoir à des besoins qu'ils n'ont pas su prévoir amène les acteurs à s'en émanciper. Face aux crises, se généralise l'idée du « salut public » bien au-delà du cercle de l'école de Toulouse. On admet, comme le reconnaît René Cassin en Assemblée générale du Conseil d'Etat le 30 juillet 1958, qu'il faut *« s'élever au-dessus des textes »*[330] lorsque les circonstances l'exigent (1). Recourir à l'illégalité devient un droit, voire un devoir. Mais l'excusabilité pratique du pouvoir réglementaire gouvernemental ne suffit pas à lui conférer un caractère juridique (2).

1) L'abnégation en vue du salut public

592. Au XXe siècle, la doctrine de la *necessitas* se généralise, bien au-delà du cercle de la théorie institutionnaliste, et thomiste, de l'Ecole de Toulouse. Le « salut public » devient le maître mot de l'extension du pouvoir réglementaire, et se généralise dans le discours politique (a). Il excuse les entorses faites aux principes constitutionnels (b).

a) La généralisation de l'idée du salut public

593. Ressuscitée par la Première guerre mondiale, l'idée du « salut public » se généralise dans le discours politique du XXe siècle. Face aux crises, elle redevient un *leitmotiv* mobilisateur. A gauche, elle régénère les mythes fondateurs de la Révolution française ; elle affilie la République parlementaire à la République des origines, celle de l'an I, de Danton et de Robespierre, et du Comité du salut public. A droite, elle devient un thème récurrent de sauvegarde de l'ordre, de la nature et des choses ; elle devient synonyme de « redressement » et de « rénovation »[331]. L'idée de « salut public » dépasse les clivages politiques, et justifie – de l'extrême gauche à l'extrême droite – les infractions à la Constitution, la réforme des institutions, voire la révolution. Elle devient un argument omniprésent dans la quête et l'exercice du pouvoir.

594. L'idée du « salut public » accompagne donc l'histoire de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Réactivée au cours de la Première guerre mondiale pour les besoins de la défense nationale, elle offre une justification aux « règlements de nécessité » (*cf. supra,*

[330] CE, Assemblée générale, 30 juillet 1958, « Projet d'ordonnance relative à diverses dispositions d'ordre fiscal », n°275001, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/518 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26, spéc. p.30

[331] v., LE BEGUEC, G., THOMAS, J.-P., « Projets et formules de rassemblement de 1919 à 1939 », *Cahiers de la fondation Charles de Gaulle,* n°4, 1997, p. 21-77.

chapitre n°136 s., et n°529 et s.). Mais elle ne disparaît pas avec l'armistice. Jusqu'en 1958, l'idée du « salut public » est au cœur de la justification du recours aux décrets-lois ; cette dimension a été récemment mise en évidence par Jérôme Henning[332]. Dans l'entre-deux guerres, elle est systématiquement avancée par ceux qui sollicitent les « pleins pouvoirs ». Effectivement, en juillet 1926 c'est au nom du *« salut public »*[333] et du *« sauvetage financier »*[334] que Raymond Poincaré obtient les pouvoirs de réaliser des économies par décrets, nonobstant les dispositions législatives en vigueur. Parallèlement, et sous la pression grandissante des évènements nationaux et internationaux, l'argument du « salut public » progresse dans l'opposition, à gauche. Le mythe fondateur de la « Révolution française » est mobilisé, non plus contre, mais au soutien des décrets-lois. En mai 1935, Edouard Herriot, opère ce rapprochement historique[335] : il invoque la Convention nationale de 1792, et la figure de Danton ; à ses yeux, la sauvegarde de la République parlementaire, en 1935, justifie des mesures d'exception (les décrets-lois), comme jadis l'exigeait la sauvegarde de la République jacobine[336]. A partir de cette date, l'argument du « salut public » permet d'expliquer le ralliement aux décrets-lois de ceux qui les combattaient vertement depuis vingt ans. La rigueur des principes constitutionnels cède le pas devant les nécessités de l'action gouvernementale. En février 1937, le *« salut financier du pays »*[337] est invoqué, cette fois, par les socialistes et préfigure la sollicitation des pleins-pouvoirs par Léon Blum quelques mois plus tard (*cf. supra,* n°182 s.). Entre juin 1937 et juillet 1940, l'appel au « salut public » suffit à Camille Chautemps et Edouard Daladier à justifier leur recours aux décrets-lois[338]. *« Je n'ai nullement l'intention,* déclare par exemple Daladier en octobre 1938, *de réaliser une œuvre partisane. C'est une œuvre de salut public que je veux entreprendre dans le seul intérêt du pays, et c'est à cette œuvre que je vous demande de collaborer en toute confiance avec le Gouvernement. »*[339] Sous la IVe République, Pierre Mendès France et Joseph Laniel

---

[332] v., HENNING, J., *Le radicalisme d'Edouard Herriot et la crise des institutions (1905-1954), op. cit.,* p.374 s.
[333] J.O.D.P., Chambre des députés, page 3036 – séance du 27 juillet 1926
[334] *ibid.*
[335] v. HENNING, J., *op. cit.,* p.375-376
[336] J.O.D.P., Chambre des députés, page 1738 – séance du 30 mai 1935. Edouard Herriot s'exprime certainement autant, sinon moins, au nom du parti radical, qu'au nom de la solidarité gouvernementale : *« [J]e suis monté à cette tribune (...) pour remplir mes obligations envers celui qui est mon chef, que j'ai accepté comme mon chef, que je dois servir comme on sert un chef. »* (*ibid.*). Il s'agit de Pierre-Etienne Flandin.
[337] J.O.D.P., Sénat, page 112 – séance du 9 février 1937. En juin 1937, la « nécessité » est invoquée par Léon Blum au soutien de la sollicitation des pleins pouvoirs (J.O.D.P., Sénat, page 689 – séance du 19 juin 1937)
[338] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2054 – séance du 29 juin 1937 ; J.O.D.P., Chambre des députés, page 1148 – séance du 12 avril 1938
[339] Chambre des députés, page 1554 – séance du 4 octobre 1938

invoquent encore les *« nécessités du salut public »* pour solliciter les pleins-pouvoirs, à l'occasion de la crise ministérielle de l'été 1953[340].

595. Cette généralisation de l'idée de « salut public » au soutien de l'extension du pouvoir réglementaire, entre 1914 et 1958, est à mettre en lien, non seulement avec la généralisation des crises au XXe siècle, mais surtout avec l'insuffisance des textes constitutionnels à fonder cette extension des pouvoirs de l'Exécutif. Il s'agit d'une ressource argumentative, employée par les acteurs politiques dans le silence des textes pour justifier de suspendre, ou de tempérer, la rigueur des principes constitutionnels.

b) L'excusabilité des mesures de salut public

596. La résurrection de l'appel au « salut public » est vectrice d'une résurrection du recours à l'exception, c'est-à-dire – par définition – du recours à l'infraction[341]. Cette idée est admise, dès avant 1914, pour justifier la répression des grèves (*cf. supra,* n°527). Mais elle se généralise au cours de la Première guerre mondiale ; *« Felix culpa ! »*[342] lit-on sous la plume de Joseph Barthélemy à propos des « règlements de nécessité » de 1914 ; en effet, reconnaît Carré de Malberg, *« personne ne peut dénier à l'Etat, en cas de péril grave, la ressource d'user, pour sa conservation, de moyens qui soient à la hauteur des circonstances. »*[343] Dans ces hypothèses, le recours à l'illégalité – c'est-à-dire l'infraction à une règle supérieure (quelle qu'elle soit) – bénéficie de *« circonstances atténuantes »*[344] (J. Barthélemy). Il faut en admettre *« l'excusabilité pratique »* [345] (R. Carré de Malberg). Le règlement édicté en violation d'une règle légale ou constitutionnelle ne trouve pas sa base dans une légitimité supérieure, tirée de la nature et des choses. *« L'irrégularité ne disparaît pas. Mais c'est une*

---

[340] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 2909 – séance du 3 juin 1953 ; J.O.D.P., Assemblée nationale, page 3298 – 2e séance du 7 juillet 1953

[341] SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.27-28 : *« [L'état d'exception] se situe au point de rencontre de trois éléments constitutifs : la dérogation (ou infraction), la référence à une situation anormale et la conception d'une finalité supérieure ».* François Saint-Bonnet dénie toutefois aux décrets-lois le caractère de mesures d'exception (*ibid.,* p.24-25). Force est cependant de constater qu'ils en revêtent, initialement, toutes les caractéristiques : apparus sous l'empire des circonstances anormales (la Première guerre mondiale et les crises de l'entre-deux-guerres), ils se présentent comme une infraction au principe républicain de la supériorité formelle de la loi, sinon de l'article 13 de la Constitution de 1946, et sont justifiés par la nécessité d'assurer le salut (financier ou matériel) de l'Etat (*cf. supra,* n°129 s. et n°594 s.)

[342] « Heureuse faute » (BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.556 ; v. encore BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *art. cit.,* 1915, p.122)

[343] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.619, note 24 ; et p.684, note 33

[344] BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.555

[345] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.688, note 33

irrégularité excusable »[346] résume Louis Rolland, dès 1915. Il appartient donc au Parlement, et au juge, d'accorder cette « excuse » en acquittant les administrateurs fautifs.

597. Ainsi s'explique le cycle d'accommodation – ou de conversion – progressive de la classe politique, et de la doctrine orthodoxe, aux manifestations gouvernementales du pouvoir réglementaire (*praeter,* voire *contra legem*). L'idée de « salut public » est génératrice d'un sentiment d'excuse face aux entorses faites à la lettre des textes constitutionnels, ou aux idéaux républicains (particulièrement à la souveraineté de la loi parlementaire). Bientôt, l'infraction aux règles de compétence passe, non seulement pour un droit, mais pour un devoir[347] – lorsque les circonstances l'exigent. René Cassin l'exprime en ces termes, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 30 juillet 1958 :

> « [Dans l'arrêt Dehaene], le Conseil d'Etat s'est-il incliné devant la valeur purement littérale [du Préambule] ? Il a vu beaucoup plus haut ; il a vu la sécurité de l'Etat ; (…) Je me demande si vous, Assemblée, vous n'avez pas le droit en face de ce que j'appellerai des réalités immédiates, si vous n'avez pas le devoir de vous élever au-dessus des textes (…). L'attitude générale du contentieux et de l'Assemblée générale consiste à interpréter les lois non pas seulement à la lettre, même quand la lettre est claire, mais par la vision de l'intérêt général. »[348] (on souligne)

Ces propos reviennent à faire prévaloir les considérations d'opportunité sur les exigences de légalité. A la veille de 1958, l'insuffisance des moyens reconnus au Gouvernement par les textes constitutionnels oblige les acteurs – le juge, la doctrine et les parlementaires – à renoncer à la supériorité du droit écrit. Les violations des textes sont clairement assumées, et les moyens d'agir s'épanouissent en dehors de tout support juridique.

2) La valeur de fait du pouvoir réglementaire gouvernemental

598. L'insuffisance des textes à fonder l'extension des pouvoirs du Gouvernement place la doctrine positiviste dans une situation délicate ; sauf à renouer avec les théories du droit

---

[346] ROLLAND, L., « L'administration locale en temps de guerre », *art. cit.,* 1915, p.294 ; v. encore, BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *art. cit., RDP,* 1915, p.555, et p.574

[347] v., par exemple, les propos d'Henry Nézard, *« dans ces circonstances tout à fait exceptionnelles, le Gouvernement non seulement peut, mais doit, commettre une illégalité (…). Le Gouvernement peut accomplir des actes illégaux, il a le devoir de le faire (…) ».* (ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* 8e éd., *op. cit.,* t.2, p.104-105)

[348] CE, Assemblée générale, 30 juillet 1958, « Projet d'ordonnance relative à diverses dispositions d'ordre fiscal », n°275001, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/518 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26, spéc. p.29-30. (Il s'agissait, en l'espèce, de s'écarter des stricts termes de la loi du 3 juin 1958 relative aux pleins-pouvoirs pour permettre au Gouvernement du général de Gaulle d'agir en matière fiscale.)

naturel (qu'elle combat depuis la fin du XIXe siècle)[349], elle est contrainte de reléguer les manifestations gouvernementales du pouvoir réglementaire (règlements *praeter,* voire *contra legem*[350]) au rang de *« moyens de fait »*[351] ; c'est-à-dire hors du droit (*cf. supra,* n°147). Cela revient à admettre – selon les mots mêmes de Carré de Malberg – *« qu'il est des cas où le droit organique de l'Etat est condamné à subir une éclipse ou un refoulement, parce que ses prescriptions ne fournissent pas toujours et indéfiniment des moyens réguliers permettant de faire face à toutes les éventualités et parce que les faits sont parfois plus forts que les principes constitutionnels (...) »*[352]. Paradoxalement donc, la doctrine positiviste est contrainte de reconnaître la supériorité des faits sur le droit écrit, dont elle préfère admettre la violation plutôt que de rompre avec l'idéal de la supériorité du droit… Le principe de la non dérivation du normatif à partir du factuel aboutit, en définitive, à la prévalence du fait sur le droit. A la veille de 1958, il est donc permis de s'interroger : que reste-t-il de la Constitution écrite ?

B- « LA CONSTITUTION S'EN VA PAR MORCEAUX »

599. Entre 1914 et 1958, l'épanouissement du pouvoir réglementaire gouvernemental (*praeter,* voire *contra legem*) en dehors ou à l'encontre des textes constitutionnels conduit la doctrine positiviste – ici sous la plume de Marcel Waline – à poser un constat alarmant : *« la Constitution s'en [va] par morceaux. »*[353] En résulte un mouvement de réaction doctrinale de défense du positivisme juridique, invitant au retour à l'orthodoxie constitutionnelle (1). Force est pourtant de constater que, sous l'empire des nécessités, les positivistes renoncent progressivement au positivisme juridique (2).

---

[349] NICOLET, C., *op. cit.,* p.342 et s.

[350] Y compris les décrets-lois, car au milieu des années 1930, (bien qu'ils soient rares) quelques auteurs refusent encore d'admettre la constitutionnalité du procédé ; v. par exemple, WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.323 ; DEVAUX, J., *Le régime des décrets: les pouvoirs accordés au gouvernement par la loi du 3 aout 1926 : et la procédure permettant la réalisation d'économies et de mesures urgentes par décrets,* Paris : Librairie Arthur Rousseau, 1927, 63 pages. Sous la IVe République, l'article 13 de la Constitution crée un obstacle supplémentaire à l'admission de la régularité du procédé, v. CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.* (*cf. infra,* n°674 s.)

[351] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.620, note 24. Il ajoute *« Droit et nécessité sont deux termes qui s'excluent, en ce sens que la nécessité, si elle suffit à justifier en fait le recours à des moyens improvisés, ne suffit pas à leur conférer la correction et la valeur de moyens légaux. »* (*ibid.*)

[352] *ibid.*

[353] WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 4e éd., 1946, *op. cit.,* p.26

1) La défense du positivisme juridique

600. La doctrine républicaine positiviste perçoit les manifestations nouvelles du pouvoir réglementaire, non strictement réductibles à l'exécution des lois (règlements *praeter* et *contra legem*), comme des violations successives de la Constitution. Au début des années 1930, Marcel Waline s'inquiète de cette situation. On assisterait, depuis la Première guerre mondiale, à la résurrection de la « raison d'Etat »[354-355] ; son constat est alarmant : *« nous sommes à un tournant de l'histoire du droit public, une période se clôt ; celle que l'on peut caractériser par les progrès jusqu'ici incessants du principe de légalité »*[356]. Le cycle ouvert en 1914, intensifié par l'épanouissement des lois de « pleins-pouvoirs » dans les années 1920, témoignerait d'une mise en vacance de la légalité constitutionnelle ; permettre à l'Exécutif de modifier la loi formelle par décret, c'est violer non seulement la lettre des lois constitutionnelles de 1875, mais encore les principes de l'idéal républicain. Le recours aux règlements de nécessité, validés par le Conseil d'Etat, et même aux décrets-lois, est analysé par Waline comme un retour à la théorie du mobile politique. *De facto*, ces actes échappent au contrôle contentieux ; rien ne les distingue donc des anciens « actes de haute administration »[357] (E. Laferrière). Peu importe au juge, et même aux parlementaires, l'infraction à la Constitution. En définitive, remarque-t-il, *« tout se passe comme si les lois constitutionnelles, ne constituaient pas la norme juridique fondamentale de l'Etat ; tout se passe comme si, au-dessus des lois constitutionnelles et ayant une force supérieure, il y a avait un principe non écrit, que l'on pourrait formuler à peu près ainsi :* « Salus populi suprema lex. *»*[358] Ces considérations provoquent un mouvement de réaction doctrinale, contre ce qui est perçu – à raison – comme un renouveau des théories du droit naturel ; en 1939, Marcel Waline se fait le héraut de l'orthodoxie républicaine et s'engage dans une *« défense du positivisme juridique »*[359], que poursuit Jean L'Huillier, dans un article éponyme, en 1954[360].

601. Force est cependant de constater, qu'à la veille de 1958, il ne reste plus grand-chose de la supériorité constitutionnelle. En 1956, ces considérations amènent Georges Burdeau à

---

[354] WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *art. cit.,* p.411

[355] Hauriou admet sans difficulté cette résurrection de la raison d'Etat (*cf. supra,* n°543)

[356] *ibid.,* p.411

[357] LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.,* 2e éd., t.2, p.426-427

[358] *ibid.* ; Waline s'inquiète de l'indifférence des juristes face à ces violations caractérisées de la Constitution (*ibid.,* p.410-411)

[359] WALINE, M., « Défense du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* n°1-2, 1939, p.83-96

[360] L'HUILLIER, J., « Défense du positivisme juridique », *RDP,* 1954, n°4, p.941-956

s'interroger sur la *« survivance »*[361] du concept même de Constitution. La réalité semble ailleurs. Aux lieu et place de l'étude du droit positif, les juristes se tournent vers le droit naturel, vers la sociologie juridique[362], et finalement vers la science politique. Cette dernière dimension est nettement mise en évidence par Benjamin Fargeaud, dans une thèse récente : l'échec des dispositions constitutionnelles de la Constitution du 27 octobre 1946 à encadrer les pratiques politiques est à l'origine d'un désintérêt pour l'étude des textes et des techniques constitutionnelles, au profit de la science politique[363].

2) Le ralliement de la doctrine positiviste au droit non écrit

602. Vue de la doctrine républicaine orthodoxe, l'émancipation du pouvoir réglementaire est l'histoire d'une abnégation progressive. Perçus comme des violations de la Constitution, les règlements *praeter* et *contra legem*, sont initialement combattus[364] ; ils sont bientôt excusés, voire tolérés, parce qu'indispensables à la conservation de l'Etat (*cf. supra,* n°596) ; ils sont enfin réinvestis d'une juridicité propre, comme fondés dans un *« au-delà »*[365] constitutionnel. Ce ralliement de la doctrine positiviste aux thèses qu'elle combattait invariablement depuis la fin du XIXe siècle témoigne d'une volonté de rapatrier les manifestations modernes du pouvoir réglementaire sous l'empire du droit, et de dépasser la simple condamnation des violations constitutionnelles. Ainsi, par exemple, Henry Berthélemy – qui écrivait en 1904 : *« nous n'avons d'ordre à recevoir que de la loi : tout ce qui est extra-légal n'est qu'arbitraire et despotisme »*[366] – reconnaît sans difficulté, en 1938, la juridicité de la coutume constitutionnelle pour expliquer la validité des décrets-lois[367]. Marcel Waline surtout, qui combat avec force le renouveau du « salut public » dans les années 1930 – comme ouvrant une porte dangereuse vers *« l'arbitraire »*[368] – se rallie aux théories du droit naturel dans les années 1950. Sa note sous l'arrêt *Dehaene* en témoigne. Loin de condamner la

---

[361] BURDEAU, G., « Une survivance : la notion de Constitution », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre, op. cit.,* p.53-62

[362] Ainsi s'explique le renouveau de l'idée de coutume constitutionnelle. A propos de cette théorie, Burdeau écrit : *« Ne pouvant faire que la pratique se rapproche de la constitution, [les juristes] ont rapproché la constitution de la pratique. »* (BURDEAU, G., *Traité de science politique. T.III, Le statut du pouvoir dans l'Etat,* 1ère éd., Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, 620 pages, spéc. p.282)

[363] FARGEAUD, B., *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République, op. cit.,* p.5

[364] *cf. supra,* introduction générale, n°36 s.

[365] JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.221

[366] BERTHELEMY, H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP,* 1904, p.209-227, spéc. p.227

[367] BERTHELEMY, H., RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit.,* p.10 ; v. aussi, ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.,* 8e éd., t.2, p.113

[368] WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *art. cit.,* p.411

solution du Conseil d'Etat, et le raisonnement essentiellement institutionnaliste du commissaire du gouvernement Gazier (*cf. supra,* n°544), Marcel Waline les reprend à son compte :

> « On dira qu'il y a là un principe bien dangereux, faisant prévaloir la raison d'Etat sur la légalité. Toutefois, réfléchissons-y : toute la légalité tomberait d'un seul coup si l'Etat disparaissait. Et l'Etat est, dans la conjoncture présente, menacé de disparition (…).
>
> Ce ne sont donc pas de banales considérations d'opportunité qui ont déterminé la décision du Conseil d'Etat, mais le sentiment d'un très vif péril national. On peut, reprenant l'expression d'Hauriou dans sa note du Sirey sous l'arrêt *Heyriès*, parler de « légitime défense de l'Etat ». (…)
>
> Fidèle à sa tradition de gardienne de l'intérêt public, la haute juridiction a donc refusé de proclamer les responsables de la vie nationale désarmés en face de grèves qui constituent de véritables attentats contre la vie de l'Etat. »[369]

Le revirement doctrinal de Marcel Waline est net. Alors qu'il condamnait jusqu'alors le retour en force de la « raison d'Etat », ainsi que la jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat – jugée d'une *« extrême gravité »*[370] – Waline n'hésite pas à se réapproprier les arguments institutionnalistes de Maurice Hauriou (la survie du groupe légitime tous les pouvoirs du chef) pour cautionner l'arrêt *Dehaene.* Olivier Beaud ne s'y trompe pas : *« Waline fait du Carl Schmitt sans le savoir. »*[371] En 1950, il abandonne ses scrupules de 1933 ; la lignée jurisprudentielle institutionnaliste ouverte par l'arrêt *Winkell* en 1909, qualifiée jusqu'alors de réactionnaire[372], lui semble désormais éminemment contemporaine. Waline n'émet aucun doute sur la constitutionnalité de l'arrêt *Dehaene* ; au contraire, il formule les plus vives critiques à l'égard des Assemblées constituantes de 1946 ; en autorisant le droit de grève sans restriction, elles ont été des *« somnambules cheminant (…) au bord de l'abîme. »*[373] En 1950, il admet désormais sans difficulté que la survie de l'Etat *« justifie qu'une juridiction s'écarte de la stricte application des déductions juridiques. »*[374] Son abnégation est totale. Quelques années plus tard, son élève René Chapus opère un renoncement semblable à son positivisme juridique[375]. Alors même qu'il redoute la

---

[369] WALINE, M., « Notes de jurisprudence », *RDP,* 1950, p.699-700, et p.701

[370] WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.317

[371] BEAUD, O., *« L'Etat », in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1, op. cit.,* p.247

[372] En 1933, la solution de l'arrêt *Heyriès* est perçue par Waline comme *« retour en arrière vers (…) les temps que l'on croyait révolus où la raison d'Etat primait le souci de la légalité »* (WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *art. cit.,* p.413)

[373] WALINE, M., « Notes de jurisprudence », *RDP,* 1950, p.700

[374] *ibid.*

[375] Sur cette question, v. GREMAUD, W., « Le positivisme de René Chapus », *RFDA,* 2019, n°2, p.361-368

perspective de *« faire du droit naturel »*[376], il admet l'idée de l'existence d'une *« "loi suprême" qui, depuis les origines mêmes du droit, s'est appelée le salut du peuple. »*[377] Bref, à la veille de 1958, on doit admettre qu'il ne reste plus grand-chose de la légitimité légale-rationnelle du pouvoir réglementaire.

603. Vue de la doctrine positiviste, l'émancipation du pouvoir réglementaire est donc un cycle de violations constitutionnelles successives. La nécessité est dépourvue de juridicité, et suffit seulement à « excuser » les règlements *praeter* et *contra legem*, apparus sous la pression des circonstances. A court terme, on peut s'inquiéter de cette *« capitis deminutio »*[378] (M. Waline) de la légalité, dénoncer les infractions à la Constitution, et reléguer ces nouvelles manifestations du pouvoir réglementaire au rang de purs faits. A long terme, la position est difficilement soutenable ; la doctrine positiviste s'engage dans une entreprise d'extension de la fonction constitutionnelle « d'exécution des lois » (*cf. supra,* chapitre précédent), quand elle ne se rallie pas, bon an, mal an, aux théories du droit non écrit, qu'elle combattait pourtant depuis la fin du XIXe siècle.

604. Conclusion de la section. Qu'on en admette (« nécessité fait loi »), ou qu'on en refuse (« nécessité n'a point de loi »), la juridicité, la *necessitas* est au cœur du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire. Sous la pression des crises, et face à l'insuffisance des textes, on assiste au XXe siècle à un véritable renouveau de l'idée du « salut public ». Pour la doctrine institutionnaliste, elle s'apparente à une loi suprême de conservation de la communauté politique, et justifie – à elle seule – l'existence de la Prérogative du chef à légiférer. Ainsi s'expliquent les références sans cesse grandissantes, entre 1914 et 1958, aux habilitations *naturelles* de l'Exécutif. Pour la doctrine positiviste orthodoxe, la nécessité demeure au cœur de l'explication *causale* de l'extension du pouvoir réglementaire ; elle ne suffit pas à lui conférer une validité juridique, mais en éclaire les déterminations et permet « d'excuser » les infractions à la Constitution. En conférant un fondement et un champ au pouvoir réglementaire, la Constitution de 1958 ne réconcilie pas seulement les textes et la pratique ; elle permet de conférer une légitimité légale-rationnelle au pouvoir réglementaire, donc de réconcilier le jusnaturalisme et le juspositivisme.

---

[376] CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.1000
[377] *ibid.,* p.1001
[378] WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *art. cit.,* p.413

605. Conclusion du chapitre : le pouvoir réglementaire, instrument du « pouvoir d'Etat ». L'enracinement de la République parlementaire reposait sur la fiction de la subordination de l'*imperium* de l'Exécutif à la loi parlementaire. Les crises du XXe siècle révèlent, au contraire, la persistance (admise ou combattue) de l'existence d'un pouvoir réglementaire – réapparu sous la pression des faits – non réductible à l'exécution des lois (*praeter,* voire *contra legem*). Son caractère initial (chronologiquement, ou hiérarchiquement), voire inconditionné, mérite de lui conférer le qualificatif de « gouvernemental ». Aux mains d'un Exécutif « toujours sur pied » (B. Montay), agissant *uno solo* (H. Mansfield), avec la force de la décision exécutoire sous menace de contrainte, ce pouvoir réglementaire assure la continuité des services publics dans les temps ordinaires, et la sauvegarde de l'Etat dans les temps extraordinaires. En dernière analyse, il est celui qui permet à la « société de vivre » et à la communauté politique de persévérer dans son être, lorsque, par extraordinaire, les assemblées délibérantes se trouvent dépassées ou dispersées. Ainsi, le pouvoir réglementaire s'érige progressivement en instrument du *« pouvoir d'Etat »*[379], selon la formule de Georges Burdeau, situé *« sur le plan des options irréversibles, celui où se décide l'avenir de la collectivité (...), celui où il ne s'agit plus de trouver des solutions de compromis pour concilier au jour le jour des intérêts contradictoires, mais de statuer durablement pour la nation entière. »*[380] En conférant une légitimité légale-rationnelle au pouvoir réglementaire, en confiant son exercice – le cas échéant – au Président de la République (article 16), la Constitution du 4 octobre 1958 « restaure » le pouvoir d'Etat (G. Burdeau). En vérité, elle formalise au niveau constitutionnel une réalité observable depuis le début du XXe siècle.

[379] BURDEAU, G., « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique,* 1959, n°1, p.87-100 ; BURDEAU, G., « La restauration du pouvoir d'Etat dans la Constitution française de 1958 », *in : Texte des conférences données les 19 et 20 janvier 1960 à l'Ecole des Sciences politiques et sociales de l'Université de Louvain,* paru aux *Annales de droit et de sciences politique, Revue trimestrielle,* Tome XX, n°4, 1960, p.119-153, reproduit *in :* BURDEAU, G., préface DENQUIN, J.-M., *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 673 pages, spéc. p.281-307

[380] BURDEAU, G., « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 »*, art. cit.,* p.89-90

Conclusion du Titre 2 :
L'ambivalence du pouvoir réglementaire

606. L'émancipation du pouvoir réglementaire est le produit des faits. Apparus spontanément sous l'empire des circonstances de crise, les règlements *praeter* et *contra legem* mettent à mal l'idéal républicain de la souveraineté de la loi parlementaire et de la spécialisation fonctionnelle. A partir de 1914, les textes constitutionnels de 1875 et 1946 paraissent inadaptés à rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire (règlements de nécessité, règlements autonomes et décrets-lois). Au XXe siècle, se produit ainsi une véritable mutation des sources du pouvoir réglementaire. D'une part, on assiste à une reformulation de la fonction constitutionnelle « d'exécution des lois ». Afin de ne pas rompre avec la fiction de la subordination du règlement à la loi, on l'interprète de façon considérablement extensive, comme une fonction empreinte de discrétionnalité. On peut ainsi subsumer l'essentiel des manifestations modernes du pouvoir réglementaire sous la fonction « d'exécution des lois », en gardant intacts les idéaux du constitutionnalisme républicain. Mais cette entreprise dissimule – à dessein – la participation véritable de l'Exécutif aux fonctions initiales de décision dans l'Etat, condition *sine qua non* de son émancipation dans la République parlementaire. D'autre part, et parallèlement, émerge le constat qu'il faut dépasser la fonction « d'exécution des lois », devenue captieuse – voire franchement hypocrite – pour fonder l'intégralité du pouvoir réglementaire de l'Exécutif. En effet, loin de se cantonner à compléter les lois, le règlement se substitue à la loi, lorsque les circonstances l'exigent, pour assurer la continuité de l'Etat et la sauvegarde de la communauté politique. Dans le silence des textes constitutionnels, l'idée de *necessitas* – agir en vue du « salut public » – irrigue les débats parlementaires, les réflexions doctrinales et les solutions jurisprudentielles ; elle devient progressivement une justification suffisante à l'émancipation du pouvoir réglementaire, mais témoigne de l'affaiblissement du droit constitutionnel écrit.

607. Entre 1914 et 1958, la recherche des fondements de l'*imperium* de l'Exécutif révèle donc l'impossible subsomption intégrale du pouvoir réglementaire sous la « fonction d'exécution des lois ». De la même façon qu'il existe une *« ambivalence »*[1] de l'Exécutif, à la fois subalterne et indépendant – mise en évidence par Harvey Mansfield – il existe une « ambivalence » du pouvoir réglementaire : d'une part, un pouvoir réglementaire administratif

[1] MANSFIELD, H., *Le prince apprivoisé, op. cit.,* p.21 et s., spéc. p.46

(secondaire et servant), inspiré de la *« figure rousseauiste de l'Exécutif-commis »*[2], d'autre part, un pouvoir réglementaire gouvernemental (primaire et dirigeant), inspiré de la *« figure machiavélienne de l'Exécutif-tyran »*[3]. L'idéal républicain – bâti dans la réception idolâtrée des « principes de 1789 » – avait cherché à anéantir cette seconde sorte de pouvoir réglementaire, perçue comme une menace. Les circonstances du XXe siècle dévoilent la permanence de son existence. La Constitution de 1958 formalise simplement cette réalité.

[2] MONTAY, B., *op. cit.,* p.717
[3] *ibid.,* p.717-718

Conclusion de la Première partie :
Vers la légitimité légale-rationnelle du pouvoir réglementaire

608. Les lois constitutionnelles de 1875, et la Constitution du 27 octobre 1946, sont silencieuses sur l'existence du pouvoir réglementaire ; sur ce point, elles renouent avec la conception rousseauiste, qui assimile l'activité du Souverain à la loi, et cantonne l'activité du Gouvernement à l'exécution de la loi. L'enracinement de la République parlementaire reposait sur cette fiction, la seule susceptible d'asseoir la primauté du Parlement dans les institutions. Dans cet idéal – bâti dans l'exaltation des « principes de 1789 » – les fonctions de législation de l'Exécutif (le pouvoir réglementaire) ne sont admises qu'à condition d'être étroitement subordonnées à la loi parlementaire. Tout l'effort de la doctrine républicaine orthodoxe classique est donc de subsumer l'*imperium* de l'Exécutif sous la fonction « d'exécution des lois ». La soumission de tous les actes règlementaires au recours pour excès de pouvoir en constitue la traduction contentieuse (*cf. supra,* n°50 s.).

609. Mais les circonstances du XXe siècle révèlent progressivement la faiblesse de cette construction théorique et jurisprudentielle. Les mutations des fonctions sociales de l'Etat provoquent une mutation de ses fonctions juridiques. Les guerres mondiales, et les crises de l'entre-deux-guerres, révèlent l'existence d'un décalage entre les textes constitutionnels et les pratiques politiques ; les règlements *praeter* et *contra legem* se généralisent, spontanément ou sur invitation parlementaire, et sont admis, bon an, mal an, comme une nécessité pour assurer la sauvegarde de l'Etat. Force est de constater, qu'entre 1914 et 1958, l'Exécutif exerce des fonctions primaires de législation, qui précèdent chronologiquement l'intervention des lois parlementaires dans la modification de l'ordonnancement juridique, voire les abrogent. Cet écart entre les idéaux républicains (les « principes de 1789 ») et les manifestations nouvelles du pouvoir réglementaire est progressivement perçu par les acteurs politiques, la jurisprudence et la doctrine comme générateur d'une lacune constitutionnelle (ce dont témoigne la permanence du réformisme constitutionnel sur la période considérée), réitérée – avec la force de l'article 13 – par le texte constitutionnel de 1946.

610. En marge de la modification des textes, on assiste, entre 1914 et 1958, à une véritable mutation des sources du pouvoir réglementaire, témoignant des mutations de sa raison d'être dans la République parlementaire. La fonction « d'exécution des lois » – qui demeure le fondement indépassable de l'existence du pouvoir réglementaire pour tout républicain positiviste – est réinterprétée, à la lumière des circonstances, dans un sens considérablement

élargi. Mais la rupture avec les textes de 1875 et 1946 est inévitable ; le pouvoir réglementaire de l'Exécutif s'impose, à la faveur des crises, comme l'instrument nécessaire de la conservation de la communauté politique.

611. Entre 1914 et 1958, s'affirme ainsi le caractère autonome du *fondement* du pouvoir réglementaire ; sa « raison d'être » dans l'Etat, c'est-à-dire la justification de son existence, est autonome de l'exécution des lois ; le règlement occupe une fonction spécifique dans l'Etat, celle de réagir aux circonstances (ordinaires ou extraordinaires) de temps et de lieu, et d'adapter le droit institutionnel en conséquence. Le pouvoir réglementaire est donc le meilleur instrument de l'interventionnisme et de la police au sens élevé du terme ; au XXe siècle, la conduite des guerres, la conduite de l'économie et des finances, et plus généralement la conduite des activités stratégiques de l'Etat (comme le nucléaire) sont réalisées par la voie réglementaire. *De facto*, sinon *de jure*, le règlement se substitue à la loi dans la conduite, sinon dans la détermination, de la politique de la Nation.

612. Cette justification nouvelle du pouvoir réglementaire n'est pas sans conséquence sur la norme d'habilitation de l'Exécutif à l'exercer. Dès la fin du XIXe siècle, démonstration est faite que le règlement n'est jamais le fruit d'une « délégation législative » (*cf. supra,* n°122 s.), qu'il n'est donc pas immédiatement fondé par la loi. Au XXe siècle, on constate que le pouvoir réglementaire ne tire plus sa raison d'être de l'exécution des lois, qu'il n'est donc plus médiatement fondé par la loi. La Constitution du 4 octobre 1958 formalise cet état des choses ; pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle française, elle confère un fondement explicite au pouvoir réglementaire de l'Exécutif, indépendamment de l'exécution des lois. Ce faisant, elle réconcilie la *légitimité* – la justification matérielle du pouvoir réglementaire dans l'Etat – et la *légalité constitutionnelle,* du pouvoir réglementaire. Elle lui confère donc une « légitimité légale-rationelle », qui, non seulement résorbe l'écart entre les textes et la pratique, mais encore rapatrie l'ensemble des manifestations du pouvoir réglementaire sous l'empire du droit ; elle réconcilie donc les jusnaturalistes et les juspositivistes et referme la controverse « dilutionniste » sur les fondements de l*'imperium* de l'Exécutif. Alors, « l'exécution des lois » change de statut en 1958. Désormais, elle ne définit plus le fondement du pouvoir réglementaire ; elle n'en constitue qu'un *champ*, parmi d'autres. Cette étude est celle de la seconde partie.

Seconde partie :

L'AFFERMISSEMENT D'UN CHAMP PROPRE

613. L'émancipation du pouvoir réglementaire est, en second lieu, le résultat d'une extension du champ des fonctions de législation gouvernementale. Cette question du *champ* du pouvoir réglementaire – c'est-à-dire des *« normes qu'[il] offre la possibilité de produire »*[1] – renvoie à celle de l'étendue de son domaine d'action. Autrement dit, à sa compétence[2].

614. A la fin du XIXe siècle, l'effort de la doctrine et de la jurisprudence est d'enraciner la République parlementaire par la loi. Dans cet idéal, le champ du pouvoir réglementaire se confond avec l'exécution des lois ; le règlement – selon l'expression de Carré de Malberg – ne fait que *« paraphraser la loi »*[3]. Au XXe siècle, au contraire, le champ des fonctions de législation gouvernementale ne cesse de s'élargir. Sous la pression des crises, l'Exécutif *s'approprie* un domaine d'action irréductible à l'exécution des lois ; son pouvoir réglementaire acquiert une discrétionnalité [4] propre, c'est-à-dire une liberté d'agir progressivement dégagée de la contrainte législative formelle[5]. L'objet de cette partie est de démontrer comment s'est opéré, entre 1914 et 1958, ce passage d'une conception « ancillaire »[6] à une conception discrétionnaire des compétences réglementaires de l'Exécutif.

615. Cette démonstration suppose de s'intéresser aux mutations qui affectent *l'articulation* des fonctions de législation dans l'Etat, c'est-à-dire aux modes de mise en relation de la loi et du règlement. En effet, en situation de différenciation organique – lorsque, dans un système juridique, l'activité de législation se trouve distribuée entre le Parlement et l'Exécutif – seule cette analyse *relative* permet de déterminer le champ du pouvoir réglementaire, d'identifier

---

[1] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.299

[2] Que l'on peut définir comme « le champ d'application d'un pouvoir ». v. en ce sens, COMBACAU, J., « Conclusions générales » *in :* CAHIN, G., LAGRANGE, E., POIRAT, F., (dir.), *Les compétences de l'Etat en droit international,* Paris : Pedone, 2005, 320 pages, p.301-318, spéc. p.304-308 ; BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, p.5-32, spéc. p.17-24 ; MAULIN, E., « Compétence, capacité, pouvoir », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, p.33-47, spéc. p.35-36

[3] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.650

[4] Le terme est employé par Charles Eisenmann (*Cours de droit administratif, op. cit.,* t.2, p.295 et s.) Bernard Pacteau lui préfère le terme « discrétionnarité », qu'il faut prendre pour synonyme. « Discrétionnarité », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit,* p.374-377

[5] Telle est effectivement la définition de la discrétionnalité : *« elle est choix, indépendance et même* souveraineté. *Elle est non contrainte. »* (PACTEAU, B., *art. cit.,* p.374). Elle est *« l'absence de détermination entièrement impérative, stricte de l'action (…) en bref, c'est l'indétermination de la règlementation juridique. »* (EISENMANN, C., *op. cit.,* t.2, p.296)

[6] Cette expression est empruntée à Denis Baranger, v. « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *art. cit.,* p.134

ses variations et son extension, par rapport au champ du législateur parlementaire. Il est classiquement[7] envisageable de distinguer deux modes de mise en relation des fonctions juridiques dans l'Etat : leur hiérarchisation et leur coordination[8]. La première situation – la hiérarchisation – articule les fonctions sur la base de considérations verticales et graduelles ; elle crée un rapport de subordination, d'intensité variable, entre productions normatives, dont les unes – qualifiées d'inférieures – sont tenues de se conformer aux autres – qualifiées de supérieures. Lorsqu'il aboutit à la primauté de la loi, ce rapport hiérarchique caractérise un régime de *légalité*[9]. La seconde situation – la coordination – articule les fonctions sur la base de considérations horizontales et matérielles (ou spatiales) ; par définition, elle exclut l'hypothèse de la subordination d'une production normative à une autre[10]. Elle n'autorise que des actions *« parallèles »*[11], hiérarchiquement équivalentes, dans des champs d'application matériellement (ou spatialement) déterminés, et interdit qu'une production normative intervienne hors de son domaine d'action.

616. Au XXe siècle, la discrétionnalité qu'acquiert progressivement le pouvoir réglementaire résulte des mutations qui affectent sa mise en relation avec la loi parlementaire. Sur le plan hiérarchique, la subordination du règlement à la loi se trouve relativisée par la liberté croissante, explicitement ou implicitement, laissée à l'Exécutif dans la détermination du *contenu* (c'est-à-dire du fond) du droit applicable sur le territoire national **(Titre 1er)**. Parallèlement, en période de « crise des institutions », la volonté de tempérer l'influence des assemblées parlementaires dans le conditionnement de l'exercice du pouvoir réglementaire, voire dans la conduite des affaires de la Nation, amène à envisager la coordination matérielle des domaines de la loi et du règlement **(Titre 2)**. Entre 1914 et 1958, la liberté d'action grandissante du pouvoir réglementaire procède de ces nouvelles déterminations hiérarchiques et matérielles du champ des fonctions de législation gouvernementale.

Titre 1 : **Une détermination hiérarchique**

Titre 2 : **Une détermination matérielle**

---

[7] v., par exemple, KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », traduit par Charles Eisenmann, *RDP,* 1926, p.561-646, spéc. p.634. Kelsen distingue les « organes subordonnés » et les « organes coordonnés ».

[8] v., TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.395 et s. « Les rapports entre normes d'habilitation », spéc. p.416 et s.

[9] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.490 et s., et p.502 et s. ; CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.35

[10] KELSEN, H., *art. cit.,* p.634 ; TUSSEAU, G., *op. cit.,* p.423

[11] TUSSEAU, G., *op. cit.,* p.423

Titre 1 :
Une détermination hiérarchique

617. A la fin du XIXe siècle, la « complète »[1] subordination du règlement à la loi est l'horizon indépassable du constitutionnalisme républicain. La République parlementaire s'enracine dans l'exaltation des « principes de 1789 » et l'installation de la suprématie du Parlement dans les institutions (*cf. supra,* introduction générale, n°37 s.) Dans cet idéal, selon les mots d'Henry Berthélemy, *« le législateur seul veut, et peut vouloir librement. »*[2] : il appartient aux lois parlementaires de déterminer le fond – c'est-à-dire le *contenu* – du droit applicable dans l'Etat. Le pouvoir réglementaire, dont le champ est limité à « l'exécution des lois », se borne à mettre en œuvre les règles de fond ainsi posées, sans jamais pouvoir ajouter à la loi des prescriptions qu'elle ne contient pas. Bref, dans cet idéal, *« on n'exécute pas le néant ! »*[3], selon la formule de Ferdinand Larnaude.

618. Au XXe siècle, cette situation change. Sous la pression des crises, la mise en relation hiérarchique de la loi et du règlement évolue dans le sens d'une discrétionnalité croissante du pouvoir réglementaire : l'Exécutif acquiert une incontestable liberté de choix du *contenu* des normes à produire par voie réglementaire. Cette situation procède de mutations qui affectent la consistance du rapport de légalité, progressivement redéfini sur la base de considérations « dynamiques »[4] – c'est-à-dire attachées, moins au fond du droit, qu'à son mode de production. Ainsi, l'abandon de la théorie de la « délégation législative » que consacre le Conseil d'Etat en 1907, sous l'influence de la doctrine républicaine (*cf. supra,* introduction générale n°44 s., et n°50 s.), trouve presque immédiatement un substitut dans l'idée « d'habilitation législative », empruntée au droit civil[5]. A la différence de la première, la seconde n'entretient pas la fiction d'une identité du mandataire et du mandant ; elle confère une simple *autorisation* d'agir, dans un champ *a priori* interdit à l'acteur habilité. Le

---

[1] ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.509

[2] BERTHELEMY, H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *art. cit.,* 1904, p.227

[3] Propos de Ferdinand Larnaude devant la société générale des prisons, séance du 20 juin 1906, *Revue pénitentiaire : bulletin de la société générale des prisons,* t.30, 1906, p.1005, cités par CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.582, note 7. Bien évidemment, Carré de Malberg ne reprend pas ses propos à son compte.

[4] v. KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française traduite par Henri Thévenaz, Neuchâtel : éditions de la Baconnière, 1953, 205 pages, spéc. p.115 ; EISENMANN, C., *Cours de droit administratif, op. cit.*, t.2, p.508 ; TROPER, M., *La philosophie du droit, op. cit.,* p.77 et s.

[5] Les civilistes la définissent ainsi : *« collation d'un pouvoir d'agir »* (CORNU, G., *Vocabulaire juridique, op. cit.,* 7e éd., p.443). L'expression et la notion sont – semble-t-il – popularisées par Raymond Carré de Malberg, ci-devant civiliste, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (*cf. infra,* n°647 et note n°101)

« rapport d'habilitation » est donc un rapport *d'autorisation* ; il ne détermine pas le *contenu* des normes inférieures, mais se contente d'en autoriser la production[6]. La découverte de ce rapport d'habilitation – dans l'entre-deux-guerres – permet à la doctrine et à la jurisprudence de rapatrier sous l'empire des principes du constitutionnalisme républicain les manifestations *praeter,* voire *contra legem*, du pouvoir réglementaire, particulièrement les décrets-lois **(Chapitre 1er)**. Parallèlement, entre 1914 et 1958, s'opère une redéfinition du « rapport de complémentarité » entre la loi et ses règlements complémentaires[7]. La complémentarité, contrairement à l'habilitation, demeure un *« rapport de prévalence typique »*[8] traduisant une prédétermination du fond des normes inférieures par les normes supérieures. Néanmoins, au XXe siècle, à la faveur de l'idée de « facilitation de l'application des lois », le « rapport de complémentarité » se trouve redéfini par la doctrine et la jurisprudence : moins qu'une détermination du *contenu* de la norme inférieure par la norme supérieure, il s'apparente progressivement à une simple détermination des *contours* de celle-ci par celle-là **(Chapitre 2).** Ces mutations, qui affectent la mise en relation hiérarchique de la loi et du règlement, sont à l'origine de la discrétionnalité croissante du pouvoir réglementaire au XXe siècle.

---

[6] v., en ce sens, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.449

[7] On préfère cette expression à celle de « règlement d'application ». Car, à proprement parler, « fixer les modalités d'application de la loi » – selon la formule consacrée par les textes législatifs – ce n'est pas appliquer la loi à un objet concret, c'est en compléter les dispositions pour en permettre l'application par l'Administration et les particuliers. v. en ce sens, EISENMANN, C., *Cours de droit administratif, op. cit.,* t.2, p.229 ; et p.444 et s., spéc. p.466

[8] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.449

Chapitre 1 :

La découverte du rapport d'habilitation : constitutionnaliser les décrets-lois

> « Si larges que soient les habilitations conférées par une loi à l'Exécutif, et alors même qu'elles ouvriraient temporairement à celui-ci un champ de réglementation illimitée, elles ne sauraient passer pour inconstitutionnelles, puisque la Constitution a elle-même, et sans distinction de matières, laissé aux Chambres la liberté de déterminer par leurs lois ce qui peut devenir réglementaire par opposition à ce qui doit demeurer législatif. »[1]
>
> Raymond Carré de Malberg

619. Ignorés des lois constitutionnelles de 1875, et condamnés par l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946, les « décrets-lois » sont essentiellement le produit des faits. Dans leur forme moderne, ils apparaissent au cours de la Première guerre mondiale pour remédier à la crise du ravitaillement, et se généralisent dans l'entre-deux-guerres pour surmonter les crises monétaires, économiques et sociales (*cf. supra,* n°166 s.). A la Libération, les Assemblées constituantes affichent leur volonté d'en finir avec le procédé, rétrospectivement perçu comme responsable de la dégénérescence du système parlementaire, et de l'avènement du régime de Vichy (*cf. supra,* n°284 s.). Les « décrets-lois » réapparaissent pourtant – sous des formes détournées – dès 1948, et se généralisent à nouveau, à partir de 1953[2]. De cette technique de législation gouvernementale, il est permis d'écrire qu'elle ponctue la vie politique entre 1914 et 1958 ; non seulement, dans l'exercice du pouvoir, les « décrets-lois » deviennent les instruments de véritables politiques publiques[3], mais surtout, dans la quête du pouvoir, ils accompagnent la formation et la chute des Cabinets qui les sollicitent[4]. A la fin des années 1930, les « décrets-lois » ne sont plus un problème politique ;

---

[1] CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 1935, p.10.30-7

[2] Loi n°48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier (J.O.R.F. du 18 août, p.8082) (théorie des matières réglementaires « par nature ») ; Loi n°53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier (J.O.R.F. du 11 juillet, p.6143) (Joseph Laniel) ; Loi n°54-809 du 14 août 1954 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre un programme d'équilibre financier, d'expansion économique et de progrès social (J.O.R.F. du 15 août, p.7857) (Pierre Mendès France) ; Loi n°55-349 du 2 avril 1955 accordant au Gouvernement des pouvoirs spéciaux en matière économique, sociale et fiscale (J.O.R.F. du 3 avril, p.3289) (Edgar Faure) ; Loi n°56-258 du 16 mars 1956 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie un programme d'expansion économique, de progrès social et de réforme administrative, et l'habilitant à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire (J.O.R.F. du 17 mars, p.2591) (Guy Mollet) ; Loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins-pouvoirs (J.O.R.F. du 4 juin, p.5327) (Charles de Gaulle).

[3] v. ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner, op. cit.,* p.463 et s. ; v. aussi, *supra,* n°188 et s.

[4] Le 30 mai 1935, Pierre-Etienne Flandin est renversé, après avoir engagé sa responsabilité sur la sollicitation des « pleins-pouvoirs » ; le 22 juin 1937, Léon Blum démissionne après que le Sénat lui a refusé les « pleins-

la sollicitation des « pleins-pouvoirs » par Léon Blum (socialiste) et Camille Chautemps (radical) en juin 1937 témoigne du ralliement de l'ensemble de la classe parlementaire (communistes exceptés) à cette technique gouvernementale. Parallèlement, les réformistes (Boris Mirkine-Guetzévitch en tête) s'attèlent à démontrer que, loin d'être un problème, les décrets-lois sont une solution à la crise du système parlementaire (*cf. supra,* n°203 et s.). Surtout, et là réside l'essentiel des développements à venir, la doctrine et le Conseil d'Etat opèrent, dès les années 1920 et jusqu'en 1958, la démonstration de la constitutionnalité des « décrets-lois » dans le constitutionnalisme républicain. Ils se livrent à une véritable entreprise de légitimation d'un procédé devenu nécessaire à la République. L'objet de ce chapitre est de démontrer comment les « décrets-lois » ont été constitutionnalisés, c'est-à-dire rendus compatibles avec les idéaux républicains, et les textes constitutionnels de 1875 et 1946.

620. Définitions et problématique. La question n'allait pas de soi. Par définition, et de façon générique, en effet, un « décret-loi » est *« un décret qui modifie une loi. »*[5] (René Capitant). Cette manière de faire heurte l'idée républicaine. Elle est une atteinte à la prétendue spécialisation fonctionnelle des organes, autant qu'à la supériorité formelle de la loi. Elle rappelle les pires *« hantises »*[6] de l'histoire républicaine (C. Nicolet). (*cf. supra,* introduction générale, n°36 s.) L'expression « décrets-lois » date d'ailleurs du constitutionnalisme du XIXe siècle ; elle est employée par la doctrine de l'époque pour qualifier ces actes généraux et impersonnels de l'Exécutif intervenus en période de concentration des pouvoirs, c'est-à-dire en l'absence de différenciation organique dans l'exercice des fonctions de législation ; bref, en l'absence de Chambres parlementaires[7], ou lorsque leur rôle est, *de facto*, réduit à néant par les données politiques[8]. Les « décrets-lois » s'apparentent donc, selon les termes de Théophile Ducrocq, à de véritables *« éclipses du principe de séparation des pouvoirs. »*[9] Solution que

---

pouvoirs » qu'il sollicite ; quelques jours plus tard, Camille Chautemps sollicite les « pleins-pouvoirs » au soutien de son investiture, et les obtient ; le 10 mars 1938, les socialistes et communistes refusent les « pleins pouvoirs » à Camille Chautemps, contraint à la démission ; le 8 avril 1938, le Sénat refuse les « pleins pouvoirs » à Blum, contraint à la démission ; le 13 avril 1938, Edouard Daladier est investi après avoir sollicité les « pleins-pouvoirs » ; en juin 1953, Pierre Mendès France et Georges Bidault sollicitent le pouvoir d'agir par décrets-lois, et manquent l'investiture etc.

[5] J.O.D.P., Assemblée nationale constituante, n°9, page 221 – séance du 5 février 1946

[6] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267 et s.

[7] Il en est notamment ainsi des actes du Gouvernement provisoire de 1848, des actes du Prince Président entre le 2 décembre 1851 et la réunion des chambres, des actes du Gouvernement de la Défense nationale en 1870-1871.

[8] Tel est le cas sous le Premier Empire, v. DURAND, C., « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », *in :* DURAND, C., LANZA, A., *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle,* Aix-en-Provence : PUAM, 1976, 416 pages, spéc. p.5-249

[9] DUCROCQ, T., *Cours de droit administratif,* t.1, 6e éd., Paris : Ernest Thorin, 1881, 796 pages, spéc. p.8, et p.13. Pour une définition comparable, v. BEQUET, L., *Répertoire du droit administratif, op. cit.,* t.9, p.497 ; LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.,* t.2, 1ère éd., p.5 et s. ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., 1892, p.39

confirment le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en considérant que leur régime contentieux obéit à celui de la loi formelle[10].

621. Lorsqu'en décembre 1916, et janvier-mars 1924, Aristide Briand[11] et Raymond Poincaré[12] sollicitent des Chambres le pouvoir de déroger par décrets aux lois formelles en vigueur (*cf. supra,* n°158 s., et 178 s.), l'expression « décrets-lois » trouve une actualité nouvelle. L'opposition ne s'y trompe pas ; on renoue avec les pratiques des périodes de concentration des pouvoirs du XIXe siècle. Le contexte est différent, mais la manière de faire est identique. Lorsque l'Exécutif modifie une loi par décret – fût-ce sur habilitation (c'est-à-dire sur autorisation) parlementaire – *« il joue le rôle du législateur »*[13], selon les termes de René Chapus. *De jure,* ou *de facto,* l'Exécutif substitue son appréciation à celle du législateur parlementaire. Au plan matériel, il exerce une fonction *primaire* de législation. Son décret modifie l'ordonnancement juridique à la manière d'une loi parlementaire. Sur le fond, rien ne distingue les deux catégories d'actes. Tout se passe comme si l'Exécutif exerçait la fonction du législateur parlementaire. Très tôt perçues[14], ces considérations matérielles ont pourtant été rapidement éclipsées au profit des considérations formelles. Là réside l'enjeu de la constitutionnalisation des « décrets-lois » dans la République parlementaire. Au XXe siècle, en effet, le fonctionnement régulier du système parlementaire conduit l'Exécutif à *solliciter* le pouvoir de modifier la loi formelle par décret. Une loi d'habilitation l'autorise, le cas échéant, à opérer cette modification. Au plan formel, donc l'Exécutif exerce une fonction *secondaire* de législation. Son décret procède de manière subordonnée, au regard de la loi d'habilitation ; en modifiant la législation formelle, il « exécute » la loi d'habilitation. Au sens moderne donc, dans le cadre du fonctionnement régulier du système parlementaire, il est permis de définir le « décret-loi » comme un acte normateur édicté, par l'Exécutif, agissant sur habilitation législative, dans l'exercice d'une fonction primaire de législation, pour suppléer, modifier ou

---

[10] v. STECK, O., *op. cit.,* p.34-41

[11] En 1916, v. VIOLLETTE, M., Rapport n°2836, Chambre des députés, Annexe au procès-verbal de la séance du 29 décembre 1916, 80 pages, spéc. p.63

[12] En 1924, v. les propos de Vincent Auriol (J.O.D.P., Chambre des députés, page 316-317 – 2e séance du 26 janvier 1924) ou de Edouard Herriot (J.O.D.P., Chambre des députés, page 339 – 2e séance du 26 janvier 1924), ou encore de Marcel Cachin (J.O.D.P., Chambre des députés, page 351-352 – séance du 28 janvier 1924). Au Sénat, v. les propos de René Renoult (J.O.D.P.,Sénat, page 315 – 2e séance du 14 mars 1924). Quant à Raymond Poincaré, il s'attèle à démontrer que les pouvoirs qu'il sollicite du Parlement se distinguent clairement des « décrets-lois » du XIXe siècle (J.O.D.P.,Chambre des députés, page 505 – séance du 5 février 1924 ; J.O.D.P.,Sénat, page 323 et s. – 2e séance du 14 mars 1924)

[13] CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.999

[14] BARTHELEMY, J., « Le gouvernement législateur », *art. cit.,* avril 1917, p.5-20, spéc. p.8 ; DUGUIT, L., *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.,* 3e éd., 1918, p.518-519

abroger la législation formelle existante[15]. La définition proposée par René Capitant, au début du paragraphe, mérite donc d'être complétée. Au sens moderne, le « décret-loi » est le décret qui reçoit, de la loi parlementaire, le pouvoir de modifier le contenu des lois[16].

622. Cette définition permet de mettre en évidence les deux dimensions du « décret-loi » moderne : il est un acte de législation *matériellement* primaire, mais *formellement* secondaire. De ces deux dimensions, la seconde a été exacerbée au détriment de la première. Dès l'entre-deux-guerres, en effet, la doctrine et le Conseil d'Etat s'efforcent de dissimuler[17] le caractère législatif du décret-loi, au profit de son caractère administratif. Les « décrets-lois » ont été – à proprement parler – *administrativisés*, afin d'être rendus acceptables, compatibles avec les principes du constitutionnalisme républicain, et soumis au contrôle de l'excès de pouvoir. Il s'agit d'une véritable entreprise de légitimation, par le droit, du recours aux décrets-lois, dont on pressent l'irrésistible nécessité pour lutter contre les crises. Ce montage théorique et jurisprudentiel est rendu possible à la faveur de la conception dynamique de « l'exécution des lois », notamment théorisée par Carré de Malberg dès les lendemains de la Première guerre mondiale (*cf. supra,* n°473 s.). Le terme « décret-loi » – qui rappelle trop les « hantises » républicaines – est sciemment[18] banni du vocabulaire doctrinal, ou employé par commodité avec la prudence des guillemets[19] ; quant aux sections administratives du Conseil d'Etat, elles corrigent systématiquement les projets de textes soumis à son examen en effaçant toute référence à l'expression « décrets-lois »[20]. Ainsi, grâce aux virtualités du « principe

---

[15] L'existence d'une ratification est donc indifférente (*cf. infra,* n°656 s.) Le décret est valide dès son édiction.

[16] Cette définition est inspirée d'une autre formule de René Capitant : *« le décret-loi (...) est le décret qui reçoit le pouvoir de déroger aux lois. »* (CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956*, *op. cit.,* p.276)

[17] La « dissimulation » semble inhérente à l'exercice des fonctions de l'Exécutif moderne. En masquant la véritable nature de ces activités, elle permettrait de les rendre acceptables. v. en ce sens, MANSFIELD, H., *Le prince apprivoisé, op. cit.,* p.46

[18] *« Cette expression de décrets-lois est complètement inexacte. »* (DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *RDP,* 1924, p.313-349, spéc. p.313) ; *« il est manifeste que les décrets faits en vertu d'habilitations législatives, si larges que soient celles-ci, ne peuvent à aucun degré être envisagés comme des décrets-lois. »* (CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.607, note 23) ; v. encore, ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *RDP,* 1924, p.42-74, spéc. p.56 ; ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.* p.112 ; BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* p.779-780

[19] En témoigne, le titre révélateur de la thèse d'Yvon Gouet, en 1932 : *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois,* Paris : Dalloz, 1932, 264 pages. v. encore, le titre de la thèse d'Antoinette Pichat, qui évite prudemment d'employer l'expression : *Les décrets en matière législative,* Paris : Dalloz, 1935, 253 pages

[20] v., par exemple, CE, Commission permanente, 31 mai 1948, « Projet de loi rendant applicable à la Nouvelle-Calédonie et dépendances les dispositions du décret-loi du 30 octobre 1935 réformant le régime de l'interdiction de séjour », n°244056, D.854. CP ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/77 (Le terme « décret-loi » est effacé du titre). v. encore, CE, Assemblée générale, 4 novembre 1948, « Projet de loi tendant au renforcement de la lutte contre l'avortement », n°245484 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/92 (Le terme « décret-loi » est effacé d'un visa)

d'habilitation » (*cf. supra,* n°473 s.)., qui autorise l'acte en se désintéressant de son contenu, les décrets-lois sont progressivement assimilés à des manifestations ordinaires – c'est-à-dire « secondaires et dérivées » – du pouvoir réglementaire. En 1914 et 1958, ce processus de légitimation constitutionnelle (donc d'acceptabilité légale-rationnelle) des « décrets-lois » procède d'un double mouvement, que consacrera le système constitutionnel de 1958 : faire des « décrets-lois » des actes *conditionnés* – c'est-à-dire *subordonnés* – à une loi d'habilitation (section 1), elle-même progressivement conditionnée par la Constitution (section 2).

SECTION 1 :
LA LOI D'HABILITATION, ACTE CONDITIONNANT

623. Le constitutionnalisme républicain, pétri des « principes de 1789 », repose structurellement sur le mythe de la supériorité formelle de la loi parlementaire et de la spécialisation fonctionnelle. (*cf. supra,* introduction générale, n°37 s.). Dans cette conception, l'activité de l'Exécutif ne peut consister *« qu'en actes ou mesures qui tendent à procurer ou à assurer l'exécution des lois en vigueur. »*[21] Admettre la régularité des décrets-lois dans le constitutionnalisme républicain (§2) passe donc paradoxalement par la fiction[22] de leur subordination à la loi parlementaire (§1).

§1. La fiction d'une subordination du décret-loi à la loi

624. Les « ordonnances » de l'article 38 de la Constitution de 1958 demeurent des actes *administratifs*. Soumises au recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat, elles obéissent au même régime contentieux que n'importe quel acte réglementaire ou individuel. Louis Favoreu y voit d'ailleurs de simples « règlements d'administration publique »[23]. Cette solution – consacrée par la jurisprudence *Fédération nationale des syndicats de police* du 24 novembre 1961[24] – est acquise, sans controverse, dès l'été 1958 par les rédacteurs du futur texte constitutionnel (*cf. infra,* n°762). Cette situation s'explique par l'histoire ; elle est la solution donnée, entre 1914 et 1958, à une impossible équation : comment admettre qu'un règlement puisse abroger une loi sans remettre en cause le principe de la souveraineté de la

[21] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488
[22] C'est-à-dire *« [la] méconnaissance volontaire de la réalité en vue de l'obtention d'un résultat de droit »* (WICKER, G., « Fiction », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.717)
[23] FAVOREU, L., « Ordonnances ou règlements d'administration publique » ?, *RFDA,* 1987, p.686-699
[24] CE, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police,* Rec. p.658 ; *AJ* 1962.114, note J. T ; *S.* 1963.59, note L. Hamon ; *D.* 1962.424, note Fromont

loi ? Le refus absolu de conférer au décret la valeur de la loi (A) conduit les acteurs à donner à la loi la valeur du décret (B).

A- REFUSER LE CARACTERE LEGISLATIF AUX DECRETS-LOIS

625. Tant l'idéal politique de la souveraineté parlementaire que l'exigence juridique de la supériorité de la loi reposent sur la fiction d'une identité entre la *force* législative et la *forme* parlementaire[25], entre la valeur d'un acte et la qualité de l'organe qui l'édicte. Seule cette conception permet d'assurer la subordination juridique de l'Exécutif à la loi. Le décret-loi brouille ces considérations. Sa force législative n'entrerait-elle pas en opposition avec sa forme administrative ? Rendre acceptables les décrets-lois dans le constitutionnalisme républicain de 1875 et 1946 suppose de rétablir les équilibres rompus, en ôtant toute force législative aux décrets-lois. La doctrine et le Conseil d'Etat ont ainsi refusé de voir en le décret-loi, tant la manifestation d'une délégation législative (1) qu'un « acte mixte », indétachable de la procédure législative formelle (2).

1) La condamnation unanime de la délégation législative

626. Le terme « délégation » prête à confusion. Il s'est imposé par commodité pour qualifier l'opération de *législation déléguée,* c'est-à-dire la pratique des décrets-lois. On en trouve de nombreuses traces dans la jurisprudence administrative[26] et dans la doctrine[27]. Les membres du Conseil d'Etat l'emploient (depuis le XIXe siècle et aujourd'hui encore) comme synonyme d'habilitation, c'est-à-dire d'autorisation[28]. Le terme figure d'ailleurs expressément dans le texte de l'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Pourtant, le *concept* de délégation est complètement inexact pour rendre compte de l'opération d'habilitation législative. Dès la fin du XIXe siècle, la doctrine publiciste y voit une atteinte au principe de l'indisponibilité des compétences[29] (a). Opérée à propos des RAP, cette démonstration est consacrée par le Conseil d'Etat en 1907, et immédiatement transposée aux décrets-lois (b).

---

[25] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.207

[26] v., les exemples cités par STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* p.343

[27] v., par exemple, TUSSEAU, G., « La législation déléguée », *art. cit.* ; MONTAY, B., *op. cit.,* p.258 et s.

[28] v., par exemple, ROMIEU, J., « Conclusions sur CE, 2 décembre 1892, *Mogambury* », *Recueil Lebon,* 1892, p.838 ; TARDIEU, J., « Conclusions sur CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres* », *Recueil Lebon,* 1907, p.916 ; MAUGÜE, C., « Conclusions sur CE, 8 décembre 2000, *Hoffer et autres* », *RFDA,* 2001, p.454

[29] On renvoie, sur ce point, aux riches développements d'Anne-Laure Girard (*La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral, op. cit.,* p.281 et s.)

a) Une atteinte à l'inaliénabilité de la souveraineté législative

627. L'idée de la « délégation législative » est une transposition en droit public de la théorie civiliste du *mandat*[30]. Elle s'est imposée au XIXe siècle pour qualifier le renvoi, par la loi, au règlement d'administration publique (RAP)[31]. Ce renvoi est perçu comme un véritable transfert – c'est-à-dire une aliénation – du pouvoir législatif formel. Dans cette théorie, en effet, le Parlement est réputé avoir exercé son propre pouvoir, par l'intermédiaire de son mandataire, le chef de l'Etat. Ceux de ses actes qui dépasseraient les limites du mandat seraient d'ailleurs considérés comme non avenus, sous réserve d'une ratification expresse ou tacite du mandant[32] En édictant un RAP, le chef de l'Etat n'agit donc pas en vertu de sa propre puissance (celle que lui reconnaît l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875), mais en vertu de la puissance législative que le Parlement lui demande d'exercer en son nom et pour son compte. La doctrine et la jurisprudence du XIXe siècle donc ont assimilé les RAP à de *« véritables lois »*[33], leur conférant la même immunité contentieuse que l'acte formellement législatif[34]. Ainsi, comme le résume Maurice Block en 1877, *« le règlement d'administration publique est une loi que le pouvoir exécutif est chargé de faire. »*[35]

628. La théorie de la délégation législative devient insupportable à mesure que la République parlementaire s'enracine dans le fétichisme des « principes de 1789 ». Elle est inconciliable avec la thèse républicaine de l'identification du pouvoir législatif à la souveraineté, inaliénable et indivisible[36]. L'idée d'un transfert du pouvoir législatif heurte le mythe de « loi, expression de la volonté générale », mais rappelle aussi les pires heures du constitutionnalisme monocratique et bonapartiste. La « délégation législative » est donc combattue vigoureusement sur le terrain des principes républicains, comme l'a récemment

---

[30] L'article 1984 du Code civil définit le mandat comme *« l'acte par lequel une personne donne à un autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».*

[31] On doit à Louis-Antoine Macarel la première référence à cette théorie en 1844 (MACAREL, L.-A., *Cours de droit administratif professé à la faculté de droit de Paris,* Paris : G. Thorel, 1844, t.1, 679 pages, spéc. p.48 et s., t.2, 956 pages, spéc. p.628). Elle connaîtra une heureuse fortune, car, avant d'être admise par la majorité de la doctrine publiciste de l'époque, elle sera consacrée à l'article 75 de la Constitution de 1848 et à l'article 4 la loi du 3 mars 1849 organique du Conseil d'Etat. (v. les références citées *in :* MAULIN, E., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg, op. cit.,* p.318, note 1)

[32] Article 1998 du Code civil ; v., AUBRY, C., RAU, C., *Cours de droit civil français, op. cit.,* p.651

[33] MACAREL, L.-A., *Cours de droit administratif, op. cit.,* p.55.

[34] v., la jurisprudence citée *in :* STECK, O., *op. cit.,* p.204 et s.

[35] BLOCK, M., *Dictionnaire de l'administration française,* 2e éd., *op. cit.,* p.1610 ; v. encore, LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op.cit.,* t.2, 2e éd, p.11 et p.422

[36] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.50-51. Cette identification est théorisée par Jean-Jacques Rousseau (*Du Contrat social, op. cit.,* p.61)

mis en évidence Guillaume Sacriste[37]. Afin d'asseoir la suprématie parlementaire, la doctrine publiciste théorise le principe de la « spécialisation fonctionnelle » (*cf. supra,* n°44 s.) ; en effet, la condition indispensable pour assurer la hiérarchisation des organes, est préalablement d'avoir spécialisé chacun d'eux dans l'exercice d'une fonction distincte. Or, la thèse de la « délégation législative » est un obstacle à la spécialisation fonctionnelle ; perçue comme un transfert du pouvoir législatif vers le chef de l'Etat, elle empêche la soumission pleine et entière du règlement à la loi. *In fine,* elle est un obstacle à la soumission de l'Exécutif au Parlement.

629. Lutter contre la « délégation législative » est donc indispensable à l'enracinement de la République parlementaire. A l'extrême fin du XIXe siècle, cette entreprise est réalisée par une doctrine républicaine – que l'on peut qualifier *d'orthodoxe* – incarnée par Adhémar Esmein, Henry Berthélemy et Gaston Jèze[38]. Leur objectif est de démontrer le caractère inaliénable (c'est-à-dire non transférable) du pouvoir législatif, tant pour asseoir le monopole du Parlement dans son exercice (donc dans l'exercice de la souveraineté), que pour établir le principe de la soumission des actes de toutes les autres autorités à la loi parlementaire. Pour y parvenir, ils mobilisent trois séries d'arguments complémentaires :

- premièrement, par ce qu'ils appellent la *« loi de la fonction »*[39]*,* ils démontrent que les autorités publiques, y compris le Parlement, ne détiennent aucune *capacité*, aucuns *droits subjectifs,* mais seulement des *compétences* – ou des *fonctions* – qui conditionnent l'exercice d'un pouvoir[40] ;

- deuxièmement, les compétences – qui ne sont pas des droits – sont *indisponibles.* Là réside l'enjeu de la substitution ; alors que les individus sont *titulaires* de leurs droits subjectifs et peuvent en disposer librement, les autorités publiques ne détiennent que *l'exercice* d'un pouvoir que leur confie le souverain. Autrement dit, le pouvoir de faire la loi, *délégué* par la Nation aux Chambres, ne pourrait à son tour être *délégué* à une tierce autorité publique ;

---

[37] SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes, op. cit.,* p.295 et s.

[38] ESMEIN, A., « De la délégation du pouvoir législatif », *art. cit.,* p.203 ; BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *art. cit.,* p.323 ; JEZE, G., « Le règlement administratif », *Revue générale d'administration,* 1902, p.5-22,

[39] JEZE, G., *art. cit.,* p.14

[40] v. GIRARD, A.-L., *op. cit.,* p.267 s. Cette thèse s'inscrit dans un contexte qui, à la fin du XIXe siècle, divise la doctrine sur la question de la personnalité juridique de l'Etat (*ibid.,* p.201-206 ; v. également, FOULQUIER, N., *Les droits publics subjectifs des administrés : émergence d'un concept en droit administratif français du XIXe au XXe siècle,* Paris : Dalloz, 2003, 805 pages). Refuser de reconnaître à l'Etat des droits subjectifs, c'est lui refuser la personnalité juridique. C'est donc permettre son hétérolimitation.

- troisièmement, une « délégation » du pouvoir législatif par les Chambres au Président de la République s'analyserait comme une atteinte à ce principe d'indisponibilité des compétences. En aliénant son pouvoir législatif, le Parlement contrarierait la répartition constitutionnelle des compétences, telle que voulue par le souverain. Il violerait donc directement l'article 1er de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et indirectement le principe de la souveraineté nationale. Ainsi, comme le résume Adhémar Esmein, *« ce serait sortir de la Constitution et par suite entrer dans la Révolution. »*[41]

630. La thèse de la « délégation législative » écartée, reste à déterminer la véritable nature du RAP. La conclusion s'impose par élimination ; ils sont des actes administratifs *« semblables aux règlements ordinaires »*[42], édictés par le Président de la République en vertu des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875. Rien ne s'oppose donc à leur soumission au recours pour excès de pouvoir. Solution qu'admet le Conseil d'Etat, le 6 décembre 1907, dans son arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'est,* sur les conclusions conformes de Jacques Tardieu (qui se réfère longuement aux travaux de Esmein et Berthélemy)[43]. Le Conseil d'Etat maintient l'usage du terme « délégation » mais n'applique aucune des conséquences du concept ; en acceptant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des RAP, il consacre le principe de sa soumission à la loi parlementaire, c'est-à-dire son caractère administratif[44].

b) La transposition aux décrets-lois des solutions dégagées pour les RAP

631. Sans surprise, l'idée de « délégation législative » retrouve une actualité, pendant et après la Première guerre mondiale, lorsque se développe la pratique des décrets-lois sur habilitation législative[45]. N'était-ce pas, par excellence, « des lois que le pouvoir exécutif était chargé de faire » ? selon les termes empruntés à Maurice Block (*cf. supra*, n°627).

---

[41] ESMEIN, A., « De la délégation du pouvoir législatif », *art. cit.,* p.204.

[42] BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.91 ; v. aussi, BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *art. cit.,* p.324 (Sur la perte de spécificité des RAP, *cf. infra,* n°856 s.). Ils demeurent néanmoins conditionnés par une loi qui les autorise.

[43] CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autre,* Rec. p.913, concl. Tardieu ; *D.* 1903.3.57, concl. Tardieu ; *S.* 1908.3.1, note Hauriou, concl. Tardieu ; *RDP* 1908.38, note Jèze

[44] En dépit des termes de l'arrêt, ce sont les considérations fonctionnelles (et non les considérations organiques) qui déterminent le régime contentieux des RAP. Dans son arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'est,* le Conseil d'Etat procède au « syllogisme régressif » (J. Carbonnier) consistant à reconstruire un raisonnement à partir du résultat à atteindre. C'est la volonté de subordonner les actes du Président de la République à la loi parlementaire qui conduit à lui reconnaître la qualité « d'autorité administrative » au sens de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872, et non l'inverse. Le Conseil d'Etat reconnaît d'ailleurs que, lorsqu'il édicte un RAP, le *« chef de l'Etat est chargé par le législateur d'assurer l'exécution d'une loi ».*

[45] v. VIOLLETTE, M., « Rapport », *op. cit.,* p.1, p.62, et p.67-68 ; v. aussi, BARTHELEMY, J., « Le gouvernement législateur », *art. cit.,* p.5-20

Contrairement au RAP, le décret-loi déroge à la loi formelle ; l'Exécutif exerce *de facto,* sinon *de jure,* la fonction du législateur parlementaire. Il eût été facile – et sans doute théoriquement admissible – d'y voir de réelles manifestations d'un transfert du pouvoir législatif formel vers l'Exécutif[46]. Cette thèse aurait eu le mérite d'un certain réalisme. Mais elle eût conduit à soustraire les décrets-lois au recours pour excès de pouvoir, solution inadmissible tant pour la doctrine publiciste, que pour le Conseil d'Etat.

632. Du reste, la cause est entendue avant d'avoir été plaidée ; la thèse de la « délégation législative » est écartée, dès le 3 août 1918, avant la fin de la Première guerre mondiale, lorsque le Conseil d'Etat admet, par *obiter dictum*, la recevabilité des recours pour excès de pouvoir dirigés contre les décrets-lois Clemenceau édictés sur le fondement de la loi du 10 février 1918 relative aux pleins-pouvoirs en matière de ravitaillement[47]. Des raisons conjoncturelles et structurelles l'expliquent. Conjoncturellement, la doctrine publiciste s'agace du règne de « l'illégalité nécessaire », qui s'installe en France depuis les débuts de la Première guerre mondiale (*cf. supra,* n°129 s.). A partir de janvier 1915, elle appelle à l'approfondissement du contrôle du juge sur les actes de l'Exécutif, et à la mise en place d'une législation d'exception, votée par le Parlement. Pour la doctrine positiviste, en particulier, il était inadmissible que la nécessité des pouvoirs de crise se traduisît par une éclipse totale de la légalité, et de la responsabilité de l'Etat[48]. Structurellement, l'arrêt du 3 août 1918 s'inscrit dans un contexte tendanciel marqué, depuis la fin du XIXe siècle, par la soumission progressive des actes de l'Exécutif au recours pour excès de pouvoir[49]. Les décrets-lois apparaissent, en 1918, en cette période de consolidation de la lignée jurisprudentielle confirmée avec l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* en 1907. Il eût été étonnant que le Conseil d'Etat s'écartât de cette évolution contentieuse structurelle de soumission de l'Administration à la loi depuis les débuts de la troisième République. Ainsi, en admettant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à leur encontre, les décrets-lois sont immédiatement, et dès l'origine, érigés en actes *administratifs,* au sens de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. Admise le 3 août 1918, cette solution est systématiquement réitérée par le

[46] La thèse est d'ailleurs défendue par de rares auteurs, v. DEVAUX, J., *Le régime des décrets, op. cit.,* 1927 ; FONT-REAULX, P. (de), « Note sous CE, 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels, S.* 1937.III.95, spéc. p.101-102 ; RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875, op. cit.,* p.239 et s.

[47] CE, 3 août 1918, *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient,* Rec. p.814

[48] Solution que confirme l'hostilité doctrinale aux « actes de gouvernement » à la même époque (v. BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif, op. cit.,* p.305)

[49] STECK, O., *op. cit.,* p.301 et s.

Conseil d'Etat, dans l'entre-deux-guerres, sous la IVe République et sous la Ve République, fût-ce à propos d'une ordonnance référendaire[50].

633. Parallèlement, la doctrine publiciste s'attache à légitimer cette solution jurisprudentielle. Les démonstrations opérées, à la fin du XIXe siècle, à propos des RAP sont transposées aux décrets-lois. Les références à Adhémar Esmein et Henry Berthélemy sont omniprésentes. La thèse de la « délégation législative » est condamnée *nolo contendere.* Non seulement, elle heurte les analyses *rationnelles* opérées par les maîtres républicains du tournant du siècle, mais elle est, depuis 1907, désormais contraire au *droit positif,* consacré par le Conseil d'Etat. Dès le dernier trimestre de l'année 1918, Louis Rolland donne le ton : *« La loi du 10 février 1918 n'a pas mis le chef de l'Etat sur le même pied que le Parlement ; elle n'en aucunement fait un législateur secondaire. L'eût-on voulu, qu'on ne l'aurait pas pu. Ce n'est pas le lieu,* ajoute-t-il par prétérition, *de reprendre la critique de la théorie de la délégation. »*[51] Cette solution est admise – avec une rare unanimité – par la doctrine de l'entre-deux-guerres, et jusqu'en 1958[52]. La lutte contre la « délégation législative » réconcilie, en effet, les partisans de l'hétérolimitation du pouvoir des assemblées parlementaires (notamment du droit qu'elles auraient de disposer librement de leurs compétences, donc de violer la constitution) et les partisans de l'affaiblissement de l'Exécutif (éternellement perçu comme un administrateur). On appelle à *« bannir »*[53] (L. Duguit) la théorie de la « délégation » du droit public français. Les arguments avancés à la fin du XIXe siècle par Esmein et Berthélemy sont réceptionnés dans les années 1920 :

---

[50] CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels,* Rec. 619 ; *RDP* 1937.501, concl. Renaudin, note Jèze ; *S.* 1937.397, note P. de Font-Réaulx ; *D.,* 1937.333, note Rolland ; CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel,* Rec. p.100, concl. Chenot ; CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des Etablissements Mulsant,* Rec. p.481, *AJ* 1954.II.459, note Long ; CE, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police,* Rec. p.658 ; *AJ* 1962.114, note J. T. ; *S.* 1963.59, note L. Hamon ; *D.* 1962.114, note Fromont ; CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot,* Rec., p.552 ; *AJ* 1962.612, chr. de Laubadère ; *JCP* 1963.II.13068, note C. Debbasch ; *RA* 1962.623, note Liet-Veaux

[51] ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP,* 1918, p.542-580, spéc. p.568 ; v., dans le même sens, après la Première guerre mondiale, ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *RDP,* 1924, p.42-74

[52] v., CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.587 et s., spéc. p.602, note 23 ; et p.688 et s., note 33 ; CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée,* juillet-septembre 1925, p.321-347, octobre-décembre 1925, p.398-425 ; CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.69 et s. ; DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *RDP,* 1924, p.313-349 ; HAURIOU, M., « Note sous l'arrêt CE, 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas, S.* 1928.III.113 », *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.793 et s. ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.556 ; HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.264 ; v. aussi BURDEAU, G., *Traité de science politique, t.3, Le statut du pouvoir dans l'Etat,* 1ère éd., *op. cit.,* p.184 et s.

[53] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.705

- tant la doctrine institutionnaliste (Hauriou, et plus tard Burdeau) que la doctrine objectiviste (l'école de Bordeaux) y voient une atteinte au principe de l'indisponibilité des compétences, pensé comme une limitation du pouvoir de l'Etat, et de ses organes. Admettre la thèse de la « délégation », ce serait admettre l'omnipotence du Parlement dans les institutions. La *« découverte »*[54] (R. Baumert) de la justice constitutionnelle, dans l'entre-deux-guerres, en France, accompagne logiquement ce mouvement de lutte contre la « délégation », et témoigne d'une volonté grandissante de soumission du Parlement à la constitution (écrite, ou non écrite) ;

- quant à Carré de Malberg, il considère – dans la lignée de l'orthodoxie républicaine du début du siècle – qu'admettre la thèse de la « délégation » serait, au contraire, porter une atteinte directe au monopole du Parlement dans l'expression de la volonté générale. Parce qu'il existe *« un lien étroit entre l'idée de loi et celle de représentation parlementaire du souverain »*[55], aucune aliénation du pouvoir législatif vers un organe autre que le Parlement n'est admissible, sauf à violer le principe de la souveraineté nationale.

634. Dès les années 1920, la thèse de la « délégation législative » est donc unanimement rejetée pour rendre compte du procédé des décrets-lois. Du point de vue théorique, on conserve ainsi intacte la fiction de la spécialisation fonctionnelle ; du point de vue pratique, on permet au Conseil d'Etat de garder la main sur leur contrôle contentieux. Les mêmes raisons expliquent le refus d'y voir des « actes mixtes », indétachables de la procédure législative formelle.

2) La neutralisation jurisprudentielle des « actes mixtes »

635. Le processus constituant de 1945-1946 est marqué par la volonté d'en finir avec les décrets-lois (*cf. supra,* n°314 s.). Afin de ne pas renouer avec la pratique des « pleins-pouvoirs » d'avant-guerre (qui semblent interdits par l'article 13 de la Constitution de 1946), on imagine des dispositifs originaux de législation gouvernementale, qui associent très étroitement le Parlement à son exercice[56]. Parmi eux figurent la technique de la législation

[54] BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, op. cit.,* p.266-267, et p.353

[55] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.76

[56] Ces procédés ont été identifiés et étudiés, dès cette époque, par différents auteurs. v., LAUBADERE (de), A., « Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois », *D.,* 1952, chronique, p.35-40. ; SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la IVe République, op. cit.,* p.45-76 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.249-254. Par exemple, le Gouvernement est habilité à modifier la législation formelle par décret, en rendant exécutoires les dispositions d'un projet de loi que le Parlement tarderait à voter. Autre exemple, le

conjointe, c'est-à-dire du partage des fonctions primaires de législation entre le Parlement et l'Exécutif, au moyen d'une procédure de co-décision. Perçue comme une « action mixte » attentatoire à la spécialisation fonctionnelle (a), cette technique est combattue par le Conseil d'Etat (b).

a) La législation gouvernementale sur avis conforme des commissions parlementaires : le spectre de « l'acte de gouvernement »

636. Dans les premières années de la IVe République, la difficulté posée par l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 – perçu comme interdisant les décrets-lois – conduit à des mécanismes de contournement[57]. Afin de ne pas donner le sentiment que l'Assemblée nationale *délègue* ses fonctions de législation (donc viole l'article 13), on imagine des dispositifs qui associent étroitement les commissions parlementaires à l'exercice de la législation gouvernementale[58]. Dans cette hypothèse, l'Exécutif est habilité à modifier la législation formelle par décret (donc à émettre des décrets-lois) *sur avis, parfois conforme, voire sur proposition,* des commissions parlementaires[59]. *De facto,* sinon *de jure,* ce procédé revenait à leur confier un droit de veto dans l'exercice de ce pouvoir réglementaire. Fallait-il y voir une procédure de codécision, érigeant la commission parlementaire en *co-auteur* du décret, transformant celui-ci en « acte mixte », indétachable de la procédure législative

---

Gouvernement est habilité à modifier la législation formelle par décrets à condition d'obtenir une ratification parlementaire *préalablement* à l'entrée en vigueur des desdits projets de décrets, voire d'annexer lesdits projets de décrets à un projet de loi. Dernier exemple, le Gouvernement est habilité à modifier la législation formelle par décret si le Parlement n'est pas parvenu à entreprendre lui-même les réformes au terme d'un certain délai. (v. les exemples cités par André de Laubadère et René Capitant)

[57] René Capitant ne s'y trompe pas. Le décret-loi est présenté, *« moins comme une manifestation du pouvoir exécutif, que comme un moment de l'élaboration législative. (...) Par un curieux renversement des choses, le décret, qui est normalement une mesure d'exécution de la loi, en devient ici une mesure préparatoire ou annonciatrice. »* On en fait un *« succédané de législation [formelle] »* (*Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.249, et p.255)

[58] On trouve des traces de tels dispositifs dès l'entre-deux-guerres. En 1935, Pierre Laval souhaite une collaboration étroite du Gouvernement et des présidents et rapporteurs des commissions des finances des assemblées pour l'élaboration des décrets-lois (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1818 – 2ème séance du 7 juin 1935). Le même vœu est formé par Edouard Daladier en 1938 et 1939 avec chacune des commissions parlementaires concernées (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1554 – séance du 4 octobre 1938 ; J.O.D.P., Chambre des députés, page 2016 – séance du 30 novembre 1939)

[59] Les exemples sont très nombreux. v., la loi n°45-070 du 12 décembre 1945 relative au vote du projet de budget pour l'exercice 1946. (J.O.R.F. du 13 décembre, p.8246) L'article 2 autorise la Commission des finances de l'Assemblée nationale à procéder à des révisions de crédits ouverts pour l'exercice 1946 ; celles-ci devront être acceptées par le Gouvernement qui modifiera, en conséquence, par décret en conseil des ministres, le montant des crédits primitivement ouverts. v. aussi la loi n°47-2407 du 31 décembre 1947 (J.O.R.F. du 1er janvier 1948, p.6) dont l'article 3 autorise le Gouvernement à porter atteinte aux limitations de dépenses prévues par ladite loi, à condition de recueillir l'avis conforme de la commission des finances de l'Assemblée nationale et l'avis de la commission des finances du Conseil de la République. v. encore l'article 45 de la loi n°52-401 du 14 avril 1952 (J.O.R.F. du 15 avril, p.3921). Pour liste plus complète et une analyse détaillée, v., sur cette question, LOUIS-LUCAS, P., « Les pouvoirs propres des commissions des finances », *RDP,* 1954, p.722-752.

formelle, donc insusceptible de recours ? De sérieuses raisons théoriques militaient dans le sens de cette solution. Le Conseil d'Etat l'a pourtant rejetée au regard de considérations de constitutionnalité et d'opportunité.

637. Il est admis qu'une procédure d'avis conforme s'apparente à une procédure de *codécision,* affectant la compétence de l'auteur de l'acte[60]. Cette solution est mise en évidence, dès la fin du XIXe siècle, par Édouard Laferrière : *« [l]es avis impératifs, ou avis conformes, (...) sont plus que des avis, ils constituent une collaboration effective à la décision. »*[61] L'organisme conformément consulté devient le véritable co-auteur de la décision[62]. L'exigence d'avis conforme constitue donc, non une règle de procédure, mais une règle de compétence. Le Conseil d'Etat l'admet par une jurisprudence constante[63].

638. L'avis conforme d'une commission parlementaire sur un acte réglementaire impliquait donc logiquement d'ériger la commission parlementaire en co-auteur de l'acte réglementaire. Cette solution n'eût pas été sans conséquence sur le régime contentieux de l'acte en cause. Pouvait-on toujours considérer l'acte conjointement adopté par une commission parlementaire comme l'acte d'une « autorité *administrative* », au sens de l'article 32 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 ? Autrement dit, demeurait-il soumis au recours pour excès de pouvoir ? Logiquement, une réponse négative s'imposait. A la fin du XIXe siècle, des considérations semblables avaient effectivement conduit à soustraire les RAP – encore perçus comme le produit d'une délégation législative – du recours pour excès de pouvoir. De ces actes, Edouard Laferrière écrivait qu'ils avaient un *« caractère mixte »*[64], participant *« dans une mesure variable à la puissance législative et à l'exécutive. Ce caractère mixte suffit, selon nous, pour qu'ils échappent à tout recours devant la juridiction administrative (...) »*[65] La théorie de « l'acte mixte » permet de mettre en évidence la

---

[60] Marceau Long y voit un véritable *« transfert de compétence »* (LONG, M., « Le Conseil d'Etat et la fonction consultative, de la consultation à la décision », *RFDA,* 1992, p.787) Bertrand Seiller écrit que *« l'avis conforme (...) érige l'organisme consulté en co-auteur de l'acte. Il y a bien un partage de décision entre les deux intéressés. »* (SEILLER, B., « Acte administratif – identification », *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, octobre 2015, §.439) ; AUBY, J.-M., DRAGO, R., *Traité des recours en matière administrative,* Paris : Litec, avril 1992, 686 pages, spéc.p.381

[61] LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 1ère éd., t.2, *op. cit.,* p.505

[62] FERRARI, P., « Essai sur la notion de coauteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *in : Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris : Editions Cujas 1975, 467 pages, spéc. p.215-229

[63] CE, 5 juillet 1935, *Hazard,* Rec. p.773 ; CE, Sect., 7 janvier 1955, *Sieur Ged,* Rec. p.11, *D.,* 1955.III.65, concl. Mosset ; CE, 29 janvier 1969, *Dame veuve Chanebout,* Rec. p.43

[64] LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* 1ère éd., t.2, *op. cit.,* p.11

[65] *ibid.* L'auteur s'en justifie : *« car, [la juridiction administrative] n'est compétente qu'à l'égard des actes administratifs ; elle cesse de l'être, si la nature de l'acte est modifiée par l'intervention d'un pouvoir sur lequel cette juridiction ne peut rien. »* (*ibid.*)

participation conjointe de deux organes constitutionnellement distincts – Parlement et Gouvernement – à l'adoption d'un même acte. En 1947, devant l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat, le commissaire du gouvernement Célier y voit le nouveau critère de « l'acte de gouvernement », dans ses conclusions sur l'arrêt *Gombert* :

> « ce qui caractérise l'acte de gouvernement, c'est qu'il est accompli par le pouvoir exécutif dans ses relations avec une autorité échappant au contrôle du juge administratif. C'est en quelque sorte un acte mixte et le Conseil d'Etat, qui n'est qu'un démembrement du pouvoir exécutif, ne peut connaître d'une décision à laquelle le pouvoir exécutif n'est pas seul intéressé. »[66]

« L'acte de gouvernement » se caractériserait donc principalement par sa dimension organique, comme portant atteinte au principe de la spécialisation fonctionnelle. La théorie est critiquée[67], mais permet de mettre en lumière les dimensions du problème tel qu'il se présente sous la IVe République. En érigeant les commissions parlementaires en co-auteurs des actes règlementaires, la procédure d'avis conforme aboutissait logiquement aux mêmes conséquences que la thèse de la « délégation législative », voire de « l'acte de gouvernement » ; les règlements concernés devenant indétachables de la procédure législative formelle, auraient dû échapper au recours pour excès de pouvoir. Inadmissible à ses yeux, cette thèse est neutralisée par le Conseil d'Etat dans les années 1950.

b) L'opposition du Conseil d'Etat

639. Sous la IVe République, le Conseil d'Etat neutralise cette procédure de législation gouvernementale sur avis conforme des commissions parlementaires[68]. Des raisons constitutionnelles (l'atteinte à la spécialisation fonctionnelle), pratiques (l'articulation harmonieuse des divers actes préparatoires), et surtout d'opportunité (la soustraction de l'acte au recours pour excès de pouvoir) l'y conduisaient. La solution est explicitement admise le 28 mai 1948, dans l'arrêt *Flé,* à propos des décrets édictés sur le fondement de l'article 2 de la loi du 12 décembre 1945 (*cf. supra,* n°636 note n°59) : *« cette disposition n'a pas eu pour effet de conférer aux mesures de compression budgétaire réalisées par décret le caractère d'actes législatifs »*[69]. Commentant cet arrêt, Raymond Odent constate que *« les actes mixtes, c'est-à-*

---

[66] CELIER, conclusions sur « CE, Ass., 28 mars 1947, *Gombert* », *Recueil Sirey,* 1947.III.89 »

[67] VIRALLY, M. « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP,* 1952, p.317-358, spéc. p.331 et s. ; v. néanmoins, AUBY, J.-M., DRAGO, R., *Traité des recours en matière administrative, op. cit.,* p.154 et s.

[68] Sous la Ve République, le Conseil constitutionnel procédera de manière identique en censurant les dispositions d'une loi conditionnant l'exercice du pouvoir réglementaire à l'avis conforme d'une autorité administrative indépendante (Cons. const., décision n°2006-544 DC 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007* cons. 35-38).

[69] CE, 28 mai 1948, *Sieur Flé,* Rec. p.236 ; *RA,* 1948.49, note Liet-Veaux

dire ceux qui ne sont pas exclusivement pris par l'autorité législative, n'ont pas, en général, le caractère de loi »[70] ; c'est retenir une solution exactement inverse à celle jadis proposée par Edouard Laferrière pour qui la participation d'un organe parlementaire à l'élaboration d'un acte suffisait à lui ôter son caractère administratif.

640. Le Conseil d'Etat maintient cette solution tout au long de la IVe République, tant à propos des décrets-lois que des RAP pris sur avis conforme des commissions parlementaires. Un exemple très intéressant est fourni par l'avis et la note rendus par l'Assemblée générale du Conseil le 2 mai 1951[71] sur un projet de RAP intervenant dans ces conditions. La loi du 27 mars 1951 prévoyait, en effet, qu'un RAP fixerait le taux et les modalités d'attribution d'une contribution alimentant un Fonds national de péréquation de la taxe locale sur le chiffre d'affaires, sur avis conforme des commissions de l'intérieur et des finances de l'Assemblée nationale, et sur avis des commissions compétentes du Conseil de la République. Au cours des débats parlementaires, le député-rapporteur Gilbert Cartier avait souhaité cet avis conforme car il tenait *« à ce que les commissions de notre Assemblée [eussent] à connaître en détail des répercussions que cette mesure aura sur les budgets des communes ainsi frappées »*[72]. Saisi du projet de RAP en question, le Conseil d'Etat – par la voix de son rapporteur Georges Maleville – s'inquiète de cette *« tendance qui paraît se manifester au sein de la Commission des finances »*[73] qui consiste à exiger l'avis conforme de ladite commission sur de nombreux actes de l'Exécutif. Un précédent (créé par l'article 51 de la loi du 27 mai 1950) est relevé par le rapporteur qui craint que *« le système [ne] se généralise »*[74]. *« Cette hypothèse n'est pas invraisemblable,* ajoute-t-il, *puisqu'en l'espace d'un an nous avons vu deux lois prévoyant de semblables interventions de la commission des finances de l'Assemblée nationale. »*[75] Les *« graves inconvénients »*[76] que cette tendance suscite conduit l'Assemblée générale du Conseil à attirer l'attention du Gouvernement en élaborant une note, jointe à l'avis sur le projet de RAP :

- Georges Maleville relève, en premier lieu, les difficultés pratiques d'une telle procédure ; l'avis conforme de deux commissions parlementaires est, en effet, difficilement

---

[70] ODENT, R., *Contentieux administratif,* 1957-1958, *op. cit.,* p.91

[71] CE, Assemblée générale, 2 mai 1951, « Projet de décret portant RAP pour l'application de l'article 2 de la loi n°51-375 du 27 mars 1951 », n°254545 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/202 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/13, dossier n°70

[72] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 2292 – 2ème séance du 21 mars 1951

[73] Débats en Assemblée générale du Conseil d'Etat, *op. cit.,* p.7

[74] *ibid.,* p.11

[75] *ibid.*

[76] Selon les termes de la note reproduite en Annexe n°11

conciliable avec l'avis obligatoire du Conseil d'Etat sur les projets de RAP (exigé par l'ordonnance du 31 juillet 1945). Il est de jurisprudence constante que le Gouvernement est partiellement lié par l'avis du Conseil d'Etat, de sorte qu'il ne peut introduire, dans son RAP, aucune disposition qui n'ait pas été soumise à lui ou acceptée par lui[77]. Or, l'avis conforme des commissions parlementaires impose des exigences comparables[78]. Dans ces conditions, relève le rapporteur Georges Maleville, *« on peut assister à une véritable impasse »*[79] ; si les commissions parlementaires de l'intérieur et des finances ne parviennent pas à s'accorder – et, parce qu'elles sont politiquement et juridiquement irresponsables, *« personne ne peut les contraindre à un accord »*[80] – le Gouvernement ne pourra pas agir. Surtout, dans l'hypothèse d'un désaccord entre l'avis des commissions de l'Assemblée nationale et l'avis du Conseil d'Etat, le rapporteur craint un allongement considérable de la procédure, car celle-ci interdit, s'agissant d'un RAP, que le Gouvernement n'édicte des dispositions qui n'auraient pas été préalablement soumises au Conseil d'Etat. Se pose donc la question du moment de la consultation des divers organismes consultatifs, étant entendu que toute modification par l'un d'eux oblige le Gouvernement à consulter de nouveau les autres. Les conseillers d'Etat s'accordent à considérer que, dans l'hypothèse où le Conseil d'Etat serait consulté en premier, toute modification du texte par les commissions parlementaires imposerait qu'il fût à nouveau consulté[81]. La procédure de législation gouvernementale sur co-décision des commissions parlementaires pose donc d'extrêmes difficultés d'ordre pratique.

- Georges Maleville relève, en second lieu, des difficultés d'ordre constitutionnel qui touchent à la *« séparation des pouvoirs »*[82] – en vérité, à l'idéal de la spécialisation fonctionnelle – telle que l'organisent les articles 13 et 47 de la Constitution de 1946. Pour le rapporteur, *« aucun article de la Constitution ne reconnaît le moindre pouvoir législatif ou réglementaire aux commissions [parlementaires] »*, qui demeurent des *« organes de travail et d'études »*[83]. Subordonner l'exercice du pouvoir réglementaire à l'avis conforme des commissions parlementaires revient, *de facto*, à limiter le président du conseil dans l'exercice de ses *« attributions fondamentales », « par la nécessité où il est placé de rechercher l'accord*

---

[77] CE, 22 janvier 1926, *Sieur Lacoste et a.,* Rec. p.74

[78] Dans le cas d'un avis conforme, le Gouvernement reste maître de ne pas agir. Mais s'il choisit d'agir, il est lié par l'avis de l'autorité consultée ; il ne peut pas décider de ne pas suivre l'avis.

[79] Débats en Assemblée générale, *op. cit.,* p.9

[80] *ibid*.

[81] La note indique, sur une proposition du conseiller Oudinot (*ibid.,* p.18) que *« le Conseil d'Etat peut être appelé à émettre plusieurs avis successifs, si les commissions parlementaires modifient le texte qui lui a été initialement soumis. »*

[82] *ibid.,* p.10

[83] Débats en Assemblée générale, *op. cit.,* p.10 et p.17

de deux commissions de l'Assemblée nationale pour prendre un décret. »[84] Ainsi, remarque Georges Maleville :

> « la réalité du pouvoir réglementaire passerait ainsi du président du conseil aux diverses commissions parlementaires dont il devrait obtenir l'avis conforme pour prendre des décrets. L'article 47 de la Constitution serait incontestablement violé. (…) En vérité, ce ne serait pas une disposition particulière de la Constitution qui serait violée, ce serait tout le mécanisme constitutionnel lui-même qui serait faussé. En effet, au Gouvernement responsable devant l'Assemblée nationale, seraient substituées des commissions parlementaires irresponsables (…). »[85]

La note de l'Assemblée générale, datée du 2 mai 1951, reprend ces divers arguments[86]. Le Conseil d'Etat réaffirme cette position à plusieurs reprises, en corrigeant le cas échéant les projets de loi au stade de leur examen en sections administratives[87]. L'Assemblée du contentieux confirme cette solution, en décembre 1958, en considérant qu'un acte réglementaire (RAP ou décret-loi) conserve son caractère *administratif,* fût-il édicté après avis conforme d'une commission parlementaire.

641. Que penser de l'opportunité de cette solution ? Pauline Türk y voit la confirmation jurisprudentielle du caractère non décisionnel des fonctions des commissions parlementaires en France[88]. Francine Batailler considère, quant à elle, qu'en jugeant ainsi, le Conseil d'Etat se réserve un *« droit de regard »*[89] sur tous les actes de l'Exécutif. Surtout, cette solution permet d'assurer l'autonomie des fonctions de législation gouvernementale, sous le contrôle du Conseil d'Etat, dans une période marquée par la recherche de l'efficacité gouvernementale, tout en conservant la pureté des principes constitutionnels.

642. Admettre les décrets-lois dans le constitutionnalisme de 1875 et 1946 repose paradoxalement sur la fiction de leur subordination à la loi parlementaire. En refusant d'y voir des actes formellement législatifs, produits d'une « délégation législative » ou d'une procédure de « co-décision » parlementaire, la doctrine et le Conseil d'Etat assurent, non seulement leur soumission au recours pour excès de pouvoir, mais conservent intact l'idéal de

---

[84] *ibid.,* p.11

[85] *ibid.,* p.11 et p.12

[86] *cf.,* Annexe n°11

[87] CE, Commission permanente, 10 mai 1951, D.1343.CP, « Projet de loi relatif au développement des crédits affectés aux dépenses militaires pour l'exercice 1951 », n°254677 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/204. v. encore, dans le même sens : CE, Commission permanente, 16 décembre 1954, D.1788CP, « Projet de loi relatif au développement des crédits affectés aux dépenses du Ministère des finances et des affaires économiques et du plan pour l'exercice 1955 », n°265760 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/357

[88] TÜRK, P., *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la Ve République,* Paris : Dalloz, 2005, 764 pages, spéc. p.58-61

[89] BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.,* p.625

la spécialisation fonctionnelle et des « principes de 1789 ». Ce faisant, ils légitiment le recours aux décrets-lois dans la République parlementaire. Ceux-ci font figure de manifestations élargies du pouvoir réglementaire ordinaire, secondaire et dérivé. En somme, ils passent pour des actes purement administratifs.

B- AFFIRMER LE CARACTERE ADMINISTRATIF DES DECRETS-LOIS

643. Une fois rejetée la thèse du caractère législatif du décret-loi, restait à démontrer son caractère administratif. Or, les considérations organiques sont ici insuffisantes ; car *« la hiérarchie des fonctions entraîne celle des organes »*[90] (R. Carré de Malberg), et non l'inverse[91]. Admettre la constitutionnalité des décrets-lois, sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875 et 1946, impliquait donc de les subsumer sous la « fonction d'exécution des lois ». Autrement dit, restait à démontrer leur caractère *secundum* et *infra legem*[92]. L'opération est rendue possible à la faveur du « principe d'habilitation » théorisé, dans les années 1920, par Carré de Malberg (*cf. supra,* n°473 s.). Le décret-loi est présenté comme « exécutant » sa loi d'habilitation. Cette dernière *conditionne* l'exercice du pouvoir réglementaire, en déterminant le champ d'application des décrets-lois (1), et *abroge* d'elle-même, par avance, les lois formelles relatives à ce champ (2). Ce faisant, elle maintient la fiction du caractère *secundum* et *infra legem* des décrets-lois, rendant purement explétive toute clause de ratification (3).

1) La fiction du caractère *secundum legem* conservée

644. Lorsqu'il agit par décrets-lois, l'Exécutif exerce une fonction primaire de législation. Autrement dit, il s'empare de matières *non déjà légiférées*, sur lesquelles il substitue son appréciation à celle du législateur parlementaire. Or, de prime abord, cette caractéristique heurte les principes de l'article 3 de la loi constitutionnelle de 25 février 1875 – ceux de l'Etat légal – aux termes desquels l'action réglementaire *présuppose* toujours une loi à exécuter[93]. Conserver la fiction du caractère *secundum legem* des décrets-lois (ou des RAP) supposait d'adopter une conception « dynamique » de l'exécution des lois. Autrement dit, il appartenait de substituer au rapport de « complémentarité » (dans lequel la norme supérieure détermine *le contenu* de la norme inférieure), un rapport « d'habilitation » (dans lequel la norme supérieure

[90] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.2, p.50
[91] Pour une illustration contentieuse, v. *supra,* n°630, note n°44.
[92] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488
[93] *ibid.,* p.490, p.576, p.587, p.637 et s., spéc. p.651

se limite à *autoriser* la norme inférieure). Cette substitution s'opère, dans l'entre-deux-guerres, à la faveur des thèses de Carré de Malberg, et bientôt de l'Ecole de Vienne (*cf. supra,* n° 472 s., et *infra,* n°819 s.). Habiliter l'Exécutif, c'est *l'autoriser* à produire une norme (a), dans un *champ* déterminé (b)[94].

a) La loi d'habilitation, « acte-condition » du pouvoir réglementaire non complémentaire des lois

645. Dans l'idéal du constitutionnalisme républicain, selon les mots de Carré de Malberg, *« l'essence du pouvoir exécutif, c'est de ne comporter que des actes faits* secundum legem *ou* ex lege. »[95] La loi parlementaire n'est donc pas seulement la *limite* du pouvoir réglementaire, elle en constitue la *condition*[96]. L'activité réglementaire ne peut se concevoir *« qu'à la suite »* d'une loi qui la présuppose[97]. La loi parlementaire doit ainsi demeurer « l'acte-condition »[98] de la mise en mouvement du pouvoir réglementaire que l'Exécutif détient en vertu de la Constitution (*cf. supra,* n°377 s.). Cette situation autorise-t-elle l'exercice d'un pouvoir réglementaire non complémentaire, c'est-à-dire intervenant en matière *non déjà légiférée* ? Autrement dit, la condition de légalité doit-elle s'entendre d'un point de vue matériel (conditionnement du *contenu*) ou d'un point de vue purement formel (conditionnement des *contours*) du pouvoir réglementaire ? La doctrine publiciste française de l'entre-deux-guerres – emmenée par Carré de Malberg – n'hésite pas à trancher dans le sens de la seconde branche de l'alternative.

646. Substituer le point de vue dynamique au point de vue statique, (c'est-à-dire substituer le rapport d'habilitation au rapport de complémentarité) permet en effet de concevoir le caractère matériellement primaire d'un règlement sans rompre avec la fiction de son caractère formellement secondaire. Dans cette conception, la « loi d'habilitation » demeure « l'acte-condition » du pouvoir réglementaire non-complémentaire. Cette idée est très expressément exprimée par Carré de Malberg, dès 1920-1921 :

> « L'habilitation donnée au Président par la loi ne s'analyse point en une délégation de pouvoir. Le rôle de la loi en cette matière consiste purement à <u>donner</u>

---

[94] Cette dualité fonctionnelle de la « loi d'habilitation » est parfaitement mise en évidence par Carré de Malberg qui écrit : *« l'habilitation ne fait donc que déterminer l'objet matériel et qu'actionner le jeu formel des facultés exécutives du Président et du Gouvernement ; et ces facultés, l'Exécutif les tient, dès avant l'habilitation, de la Constitution elle-même. »* (CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.98)

[95] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.35

[96] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488, et p.498

[97] *ibid.,* p.576

[98] Selon la terminologie de Léon Duguit. (v. *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 3e éd., t.1, p.328). Carré de Malberg se réapproprie ce vocabulaire (v. *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* p.594)

> ouverture à l'exercice de la puissance réglementaire, en fixant les cas et les objets pour lesquels le Président pourra ou devra user de son pouvoir constitutionnel de réglementation. La loi donne donc à ce pouvoir une occasion de s'exercer, elle réalise la condition à l'évènement de laquelle son usage a été subordonné par la Constitution. »[99] (on souligne)

La loi d'habilitation n'est donc jamais le fondement du pouvoir réglementaire ; ce serait renouer avec la théorie de la « délégation législative » unanimement condamnée. Elle n'est qu'un « acte-condition » de la mise en mouvement, en matière *non déjà légiférée*, du pouvoir réglementaire que l'Exécutif tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, et de l'article 47 de la Constitution de 1946. Lorsqu'il agit sur le fondement d'une loi d'habilitation – qui se borne à autoriser son action – l'Exécutif agit donc en exécution des lois. Il exécute la loi d'habilitation. La condition *secundum legem* est donc remplie. Le pouvoir réglementaire demeure une puissance *ex lege*, chronologiquement secondaire et hiérarchiquement dérivée de la loi d'habilitation.

647. Théorisé à propos des RAP, ce principe « d'habilitation » est immédiatement transposé à l'explication des décrets-lois[100]. A mesure que la doctrine publiciste abandonne la thèse de la « délégation législative », elle se convertit à celle de « loi d'habilitation ». L'expression (empruntée au droit civil) est popularisée par Carré de Malberg, ci-devant civiliste, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* et devient omniprésente dans le vocabulaire juridique de l'entre-deux-guerres[101]. A la fin des années 1930, l'expression est définitivement admise – jusqu'à aujourd'hui – pour qualifier les lois de « pleins pouvoirs ». En autorisant l'exercice du pouvoir réglementaire en certaines matières, la loi d'habilitation demeure donc « l'acte condition » de sa mise en œuvre. Elle en détermine aussi le champ d'application.

b) La loi d'habilitation, comme détermination du champ d'application du pouvoir réglementaire non complémentaire des lois

648. La loi d'habilitation ne se cantonne pas à *autoriser* l'exercice du pouvoir réglementaire non complémentaire, elle en détermine également le *champ d'application*.

---

[99] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.594

[100] *ibid.,* p.605, note 23

[101] On ne trouve aucune occurrence du terme « habilitation », et de ses déclinaisons, dans l'importante monographie de Félix Moreau consacrée au *Règlement administratif,* en 1902. En revanche, le terme irrigue pleinement le vocabulaire publiciste après 1920-1921, c'est-à-dire après la parution de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg (v., par exemple, ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.48 ; HAURIOU, M., *Précis élémentaire de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.164 ; ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 8e éd., t.2, p.105 ; BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.292).

Autrement dit, elle détermine les objets (ou matières) sur lesquels devra ou pourra s'exercer ce pouvoir réglementaire. Elle en détermine donc « la compétence »[102]. S'il est désormais acquis – depuis la fin du XIXe siècle – que les « pouvoirs » ne se délèguent pas, il en est autrement des objets (ou matières) sur lesquelles s'exercent ces pouvoirs. Théoriquement, indépendamment des considérations relatives aux réserves domaniales[103] (*cf. infra*, n°711 s., n°884 s.), rien n'empêche l'aliénation (c'est-à-dire le transfert) d'une matière de la compétence d'un organe, vers un autre organe. Un organe peut – très régulièrement – se dessaisir de la régulation d'un objet (ou d'une matière) au profit d'un autre organe, à condition que cet organe s'en empare avec la puissance qui lui est propre. Ce faisant, il ne délègue pas son pouvoir, il élargit le champ d'application du pouvoir (c'est-à-dire la compétence) d'un autre organe. Cette dimension – qui est l'essence de l'opération d'habilitation – est très clairement mise en évidence par Carré de Malberg en 1920-1921 :

> « La loi qui charge le Président de faire un règlement sur un objet qu'elle attribue à sa compétence, ne lui confère pas un *pouvoir nouveau,* puisqu'il possède déjà, en vertu de la Constitution elle-même, le pouvoir d'exécuter toutes les prescriptions des lois ; cette loi attribue seulement à la puissance exécutive du Président un *objet nouveau* : elle fait rentrer dans la sphère de sa compétence exécutive, laquelle est, d'après la Constitution, susceptible d'une extension indéfinie, une catégorie de matières nouvelles. »[104]

A l'idée de « délégation de pouvoir » on substitue ainsi progressivement l'idée de *« délégation de matières »*[105] – selon la formule proposée par Maurice Hauriou en 1928, et reprise par son élève Jean Delvolvé. En somme, la loi d'habilitation n'est rien d'autre qu'une loi de détermination du champ d'application du pouvoir réglementaire. Elle opère – selon la formule de Roger Bonnard – de simples *« déplacements de matières »*[106] d'un champ, vers l'autre. Cette thèse est unanimement admise dans l'entre-deux-guerres[107]. En autorisant l'Exécutif à s'emparer d'objets nouveaux (*non déjà légiférés*), la loi d'habilitation est ainsi

---

[102] *cf. supra*, n°613 s.

[103] C'est-à-dire aux matières réservées à la loi (« réserve de loi ») ou réservées au règlement (« réserve réglementaire ») (*cf. infra,* n°893 s., et n°963 s.)

[104] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.594, note 16

[105] HAURIOU, M., « Note sous CE, 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas,* Rec., p.125 », reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.3, *op. cit.,* p.790 et s. ; Hauriou écrit que *« [le] domaine afférent à chaque compétence échappe complètement à l'objection tirée de la séparation des pouvoirs. [Une] matière, détachée du domaine législatif, sera réglée par le Gouvernement avec son propre pouvoir réglementaire et par un décret qui restera administratif. »* ; v. encore, DELVOLVE, J., *Les « délégations de matières » en droit public, op. cit.,* 1930

[106] BONNARD, R., « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *art. cit.,* p.251

[107] v. déjà, MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.195 ; et, à partir de 1924, DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.314 et s. ; ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.59 ; BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.292

présentée comme ayant réalisé une simple *extension* du champ d'application du pouvoir réglementaire ordinaire[108].

649. De ces considérations résulte l'idée que les domaines de la loi et du règlement sont susceptibles de flux et de reflux. Admettre la constitutionnalité des décrets-lois, à la faveur du principe d'habilitation, implique donc d'admettre la « variabilité des domaines » législatif et réglementaire. D'un point de vue théorique, elle permet d'expliquer les déplacements de matières vers l'Exécutif, sans rompre avec l'idéal du caractère illimité du domaine de la loi (*cf. infra,* n°916 s.). Le domaine du règlement est essentiellement *« contingent et variable »*[109], selon que la loi aura, par ses habilitations ou ses interventions ponctuelles, élargi ou restreint les matières laissées à l'exercice du pouvoir réglementaire. D'un point de vue pratique, la « variabilité des domaines » permet l'adaptation des fonctions de législation (parlementaire et gouvernementale) aux circonstances de temps et de lieux, selon les opportunités politiques et les besoins techniques. Dès l'entre-deux-guerres, la majorité de la doctrine adhère à cette idée, dont elle loue généralement *« la souplesse et l'élasticité »*[110] (R. Carré de Malberg)[111]. Raymond Odent y voit une théorie *« d'une subtile simplicité »*[112], à laquelle s'est définitivement rallié le Conseil d'Etat dans son avis du 6 février 1953 (*cf. infra*, n°680 s.). Loin d'être un problème, la « variabilité des domaines » de la loi et du règlement apparaît donc comme une solution à la crise du parlementarisme. Jusqu'en 1958, la délimitation *ne varietur* des domaines suscite, au contraire, les plus vives résistances (*cf. infra,* n°1011 s., n°1093 s.)

650. Ces montages doctrinaux et jurisprudentiels permettent de conserver la fiction du caractère *secundum legem* du règlement non-complémentaire des lois (RAP ou décrets-lois). La loi d'habilitation, en déterminant le champ d'application du pouvoir réglementaire,

---

[108] Roger Bonnard considère, par exemple, que *« le domaine normal du pouvoir réglementaire (...) est susceptible d'extensions. Le Parlement peut, en effet, sous la forme d'invitations ou d'autorisations permettre au pouvoir réglementaire de s'exercer au-delà de ce domaine normal. Le règlement pourra ainsi établir des pénalités, créer des impôts et même modifier les lois existantes. »* (BONNARD, R., *Précis de droit public,* 6e éd., *op. cit.,* p.101). Cette présentation repose cependant sur des considérations axiologiques, c'est-à-dire sur une représentation idéalisée de la « normalité » du pouvoir réglementaire. Ainsi, Carré de Malberg refuse de parler *d'extension* du pouvoir réglementaire, car il n'existe – de son point de vue – ni domaine minimum, ni domaine maximum du règlement. (*cf. infra*, n°916 s.)

[109] BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.287

[110] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89

[111] v., encore, MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.33-34 ; LAROQUE, P., « Note sous CE, 27 décembre 1938, *Association amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'Etat* », *S.* 1939.III.33, spéc. p.34 ; BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.287 ; PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.534

[112] ODENT, R., *Contentieux administratif,* 1957-1958, *op. cit.,* p.143 ; v. encore, DONNEDIEU de VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 », *art. cit.,* p.6

l'autorise par-là même à s'emparer d'objets non déjà légiférés. Elle demeure « l'acte-condition » de l'activité de l'Exécutif. A elle seule, cette théorie n'explique en rien comment le décret pourrait abroger la loi. En vérité, l'admission de la constitutionnalité des décrets-lois reposait sur le maintien de la fiction de leur caractère *infra legem.*

2) La fiction du caractère *infra legem* conservée

651. Dans l'idéal républicain, la condition de légalité n'exige pas seulement d'agir *secundum legem,* elle impose *a minima* à l'Exécutif de s'abstenir d'agir *contra legem.* Or, par définition, un décret-loi est un décret qui modifie une loi. Afin de conserver la fiction du caractère *infra legem* du décret-loi (indispensable pour en admettre la constitutionnalité), la doctrine et la jurisprudence ont bâti une théorie de la « délégalisation » (a), présentant la loi d'habilitation comme ayant d'elle-même, et par avance, abrogé les lois formelles à modifier par décret (b). Le refus absolu de conférer au décret la valeur de la loi conduit à donner à la loi la valeur du décret. La fiction du caractère *infra legem* du décret-loi est ainsi conservée.

a) La thèse de la « délégalisation » : abaisser les lois à modifier au rang du décret

652. Dès les lendemains de la Première guerre mondiale, et jusqu'en 1958, la thèse de la « délégalisation »[113] – parfois qualifiée « déformalisation »[114] ou « déclassement »[115] – est très largement partagée en doctrine pour rendre compte du phénomène des décrets-lois. Elle repose sur l'idée que la loi d'habilitation aurait ôté pour l'avenir la valeur de loi aux dispositions législatives susceptibles d'être modifiées par décret. Inspirée de la théorie de la « déconstitutionnalisation », opérée par la révision constitutionnelle du 14 août 1884, la théorie de la « délégalisation » est synthétisée en ces termes par Carré de Malberg en 1931 :

> « Quand les Chambres habilitent l'Exécutif à modifier une loi en vigueur, elles dépouillent, par cela même, les prescriptions renfermées dans cette loi de leur force législative formelle, et par conséquent aussi, de leur caractère législatif. Du même coup, les matières auxquelles ces prescriptions se rapportent, sont transformées en matières susceptibles d'être traitées par voie de décrets

[113] ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.60 ; WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.322 ; MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, op. cit.,* p.170 et s. ; RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875, op. cit.,* p.232 et s. ; LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., p.200 ; CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.988 et s.

[114] GOUET, Y., *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, op. cit.,* p.129 et s.

[115] DELVOLVE, J., *Les « délégations de matières » en droit public, op. cit.,* p.104

réglementaires. On retombe ainsi dans le cas normal du règlement statuant, après habilitation, sur une matière qui a cessé d'être législative. »[116] (on souligne)

En abrogeant une loi déclassée, l'Exécutif est réputé abroger une disposition purement réglementaire, dans l'exercice de sa puissance ordinaire ; les principes constitutionnels demeurent ainsi intacts. Une difficulté apparaît cependant : la loi ainsi délégalisée perd-elle son caractère de loi vis-à-vis des citoyens, qui pourraient former à son encontre un recours pour excès de pouvoir ? Pour contourner cette difficulté, Maxime Mignon propose, en 1938, l'idée de *« délégalisation conditionnelle »*[117] ; la délégalisation ne produit ses effets qu'au moment où intervient la volonté de l'Exécutif de modifier une loi déterminée. Le décret abrogeant la loi s'analyse ainsi comme l'« acte-condition » – selon la terminologie duguiste – de l'application à une loi de la délégalisation contenue dans l'habilitation. La thèse de la délégalisation repose ainsi sur l'idée selon laquelle la norme inférieure, loin de violer la norme supérieure, porte en réalité atteinte à une norme devenue hiérarchiquement équivalente. Elle permet de concilier la supériorité de la loi en toute circonstance avec les nombreuses atteintes qu'elle subit en pratique ; bref, elle admet la constitutionnalité des décrets-lois.

b) Délégalisation ou abrogation ?

653. La thèse de la « délégalisation » est indispensable à l'admission de la constitutionnalité des décrets-lois. Elle est d'ailleurs toujours d'actualité[118]. Du point de vue théorique, elle mérite d'être clarifiée[119]. La « délégalisation » s'apparente, en vérité, à une « abrogation ». Malgré l'obscurité des termes, la solution est certaine. En effet, l'idée de « déconstitutionnalisation » est un néologisme – inventé par Jules Ferry en 1884 – pour rendre plus acceptable, c'est-à-dire pour dissimuler, *l'abrogation* des dispositions constitutionnelles relatives à l'élection des sénateurs, dont l'accord est indispensable pour réviser la constitution. L'hypocrisie du terme ne trompe pas les parlementaires de l'époque[120] ; c'est bien d'une

---

[116] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.100 ; v. déjà, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.605-606, note 1

[117] MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, op. cit.,* p.178-180 ; v. encore, MIGNON, M., « Nature et effets juridiques d'une technique législative d'exception, mais d'utilisation répétée : le décret-loi », *art. cit.,* p.147

[118] Francis Hamon et Michel Troper la réceptionnent pour expliquer l'opération de législation par ordonnances de l'article 38 *« [p]endant toute la durée de l'habilitation, les matières qui ont fait l'objet de cette habilitation sont assimilées à des matières réglementaires. »* (*Droit constitutionnel,* 35e éd., *op. cit.,* p.769)

[119] v., en ce sens, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.470

[120] v. les propos de Jules Viette, devant l'Assemblée nationale : *« Quelle différence y a-t-il donc entre déconstitutionnaliser et abroger une loi ? Je prétends qu'il n'y en a aucune ; je prétends qu'ils sont absolument*

abrogation qu'il s'agit. Du reste, la doctrine publiciste de l'entre-deux-guerres n'entend pas l'expression dans un sens différent. En témoignent les propos de Carré de Malberg, à propos de l'opération d'habilitation à légiférer par décrets-lois :

> « il ne se produit pas, en pareille circonstance, de délégation de la puissance législative formelle d'abrogation des lois. L'abrogation de la loi antérieure ou, tout au moins, du caractère législatif des prescriptions formant son contenu a été effectuée par le Parlement lui-même dans sa loi d'habilitation et n'aura plus besoin d'être opérée par l'Exécutif dans son règlement. »[121]

La « délégalisation conditionnelle » n'est donc rien d'autre qu'une abrogation conditionnelle ; la loi formelle demeure abrogée par la loi formelle et le décret-loi n'est qu'un acte-condition de la vigueur de l'abrogation[122]. La pureté des principes constitutionnels est intacte : le décret-loi demeure un acte administratif. Jamais il n'abroge de lui-même la loi formelle. Il se maintient donc, paradoxalement, *infra legem.*

654. On perçoit immédiatement l'hypocrisie de cette construction doctrinale et jurisprudentielle. La thèse de la « délégalisation conditionnelle » manque de *réalisme.* Elle est une pure fiction. Le Parlement est réputé avoir abrogé conditionnellement les dispositions législatives formelles à modifier par décret ; bien souvent cependant, à la fin des années 1930, les lois d'habilitations se cantonnent à fixer un *but* à atteindre au Gouvernement (équilibre du budget, défense du franc, redressement économique, défense du pays etc.) et demeurent silencieuses sur les matières à réguler par décret, autant que sur l'identification des lois formelles conditionnellement délégalisées. *De facto,* le Gouvernement détermine lui-même les dispositions législatives à abroger. Or, aliéner le pouvoir de délégaliser, n'est-ce pas précisément aliéner une compétence *« d'essence nécessairement législative »*[123], donc en revenir à la thèse de la délégation ? René Chapus ne s'y trompe pas, et dénonce en 1953, l'artificialité de la thèse de la « délégalisation » – imaginée dans le seul objectif de contourner les obstacles d'inconstitutionnalité[124]. Dans l'entre-deux-guerres, et sous la quatrième République, ces considérations expliquent le renouveau des théories de la coutume constitutionnelle, et du droit naturel, pour expliquer les nouvelles manifestations du pouvoir

---

synonymes, qu'ils sont rigoureusement identiques » (J.O.D.P., Assemblée nationale, page 126 – séance du 13 août 1884)

[121] CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit.,* p.400, note 1 (v. encore, ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* 8e éd., *op. cit.,* p.114 ; DELVOLVE, J., *Les « délégations de matières » en droit public, op. cit.,* p.102-103)

[122] v., pour une analyse comparable, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.470

[123] CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.988-989

[124] *ibid.,* p.998

réglementaire (*cf. supra,* n°568 s.). L'échec du positivisme juridique à rendre compte avec satisfaction du phénomène des décrets-lois, conduit bientôt la doctrine constitutionnelle à se tourner vers la science politique – comme l'a récemment démontré Benjamin Fargeaud[125].

655. Quoi qu'il en soit, dès les années 1920, la doctrine publiciste et le Conseil d'Etat imposent la fiction du caractère administratif du décret-loi, *secundum legem* et *infra legem.* Dans ces conditions, la clause de ratification devient juridiquement inutile. Elle demeure à titre purement politique, comme manifestation du contrôle parlementaire.

3) Le caractère explétif de la ratification

656. La « ratification » est une théorie empruntée au droit civil. Marcel Planiol la définit comme *« l'acte par lequel une personne prend pour son compte des opérations faites en son nom par quelqu'un qui n'en avait pas reçu le pouvoir. »*[126] (on souligne) La théorie est donc impropre à s'appliquer aux décrets-lois édictés sur habilitation législative, dont la doctrine et la jurisprudence entretiennent la fiction du caractère pleinement *administratif*, donc parfaitement régulier dès leur édiction. Perçue comme un retour en force de la théorie civiliste du mandat (donc de la thèse « délégation législative »), la « ratification » des décrets-lois exigée par les lois d'habilitation embarrasse la doctrine et la jurisprudence (a), qui cherchent à en atténuer la portée (b). Juridiquement, la « ratification » est purement *« explétive »*[127] (c'est-à-dire inutile) et ne s'impose qu'à titre politique, comme manifestation de la fonction de contrôle parlementaire sur l'usage des décrets-lois (c).

a) Une exigence embarrassante : le retour en force de la théorie du mandat

657. En prévoyant que les décrets rendus pour son application « seront soumis à la ratification des Chambres dans le mois qui suivra leur promulgation », l'article 1er de la loi du 10 février 1918 inaugure la pratique des clauses de ratification[128], constamment réitérée par la suite jusqu'à être consacrée à l'article 38, alinéa 2, de la Constitution du 4 octobre 1958. Si

[125] FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.252 et s., spéc. p.253 et s.

[126] PLANIOL, M., *Traité élémentaire de droit civil,* 9e éd., t.2, Paris : LGDJ, 1923, 1114 pages, spéc. p.440, note 1

[127] MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, op. cit.,* p.203

[128] La clause a été introduite, au cours des débats parlementaires, par un amendement du député Ernest Lafont afin de distinguer la nouvelle procédure des anciens décrets-lois (*cf. supra*, n°177, note 217). *«* - M. le rapporteur *: Je pense qu'on ne parlera plus maintenant de décrets-lois !* - M. Ernest Lafont : *Non, il y aura des décrets qui deviendront des lois.* - M. Jean Bon : *Ce seront des décrets et des lois. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 3654 – 1ère séance du 28 décembre 1917)

elle n'est pas sans précédent dans l'histoire constitutionnelle, cette clause de ratification pose un problème nouveau à la doctrine et à la jurisprudence.

658. *Ratihabitio mandato aequiparatur.* Cet adage civiliste – qui signifie « la ratification équivaut au mandat » – suffit à illustrer les données du problème. L'exigence de « ratification » rappelle en effet l'article 1998 du Code civil qui offre au mandant la possibilité de *ratifier,* expressément ou tacitement, les actes que le mandataire a fait en dehors des limites du mandat, afin qu'ils ne soient considérés comme *non avenus*[129]. La ratification est donc, en droit civil, la régularisation rétroactive d'un acte fait sans pouvoir. Or, tout l'effort de la doctrine publiciste et de la jurisprudence est – au contraire – d'entretenir la fiction du caractère administratif du décret-loi, c'est-à-dire d'en faire une manifestation *parfaitement régulière*, et immédiatement exécutoire, du pouvoir réglementaire. Le décret-loi tient sa régularité de la loi d'habilitation[130]. Rien ne justifie juridiquement sa régularisation *ex post*. Dans son sens civiliste, l'idée de ratification est donc parfaitement antinomique avec la construction doctrinale et jurisprudentielle consistant à faire des décrets-lois des actes *légalement faits.* La théorie de la ratification eût entretenu l'idée de l'inconstitutionnalité du procédé, voire le retour de la thèse de la « délégation législative » et l'atteinte à l'indisponibilité des compétences qu'elle véhiculait.

659. On comprend pourquoi la doctrine publiciste adresse à la clause de ratification les plus vives critiques. Carré de Malberg donne le ton en 1920 parlant, à son propos, d'une *« prétendue ratification »* [131]. Plus tard, Henry Nézard la qualifie *« d'aussi inutile qu'imprudente »*[132]. Gaston Jèze y voit une simple *« clause de style »*[133]. René Chapus y accorde une *« importance pratique extrêmement réduite »*[134]. On pourrait multiplier les exemples. Aux yeux de la doctrine publiciste, la clause de ratification est parfaitement inutile à la régularité des décrets-lois. Elle est même embarrassante, car elle véhicule l'idée du caractère irrégulier d'un procédé, dont on cherchait précisément à démontrer le caractère régulier. La doctrine et la jurisprudence en ont donc neutralisé la portée.

---

[129] v., AUBRY, C., RAU, C., *Cours de droit civil français,* t.4, 4e éd., *op. cit.,* p.651

[130] v., CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.689, note 33 ; v. aussi, DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.343-344

[131] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.688-689, note 33

[132] ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.,* p.115

[133] JEZE, G., « Note sous CE, 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels* », *RDP,* 1937, p.502

[134] CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.969

b) Une portée juridique neutralisée : de la validation législative à la conversion en loi

660. Admettre la constitutionnalité des décrets-lois supposait de neutraliser l'exigence de sa ratification, au sens civiliste. Il était, en effet, inadmissible que la « ratification » – exigée par les lois d'habilitation depuis 1918 – fût synonyme de validation (ou de régularisation) rétroactive, qui viendrait couvrir une nullité originelle. Car le décret-loi, en tant qu'acte administratif, tient sa régularité immédiate de la loi, dont il assure l'exécution (ici la loi d'habilitation), sur le fondement de la Constitution. Il n'est donc en rien un acte nul *ab initio,* qu'il faudrait régulariser rétroactivement. La doctrine s'attelle donc, en premier lieu, à requalifier la clause de ratification. L'idée de *« transformation »*[135] en loi (L. Rolland) ou de *« conversion »* [136] en loi (R. Carré de Malberg) est jugée plus exacte que celle de « ratification », de « validation » ou de « régularisation ». Elle ne distingue pas le décret-loi de n'importe quel acte administratif susceptible d'être transformé en loi, par la volonté parlementaire selon les opportunités politiques du moment.

661. Ces requalifications sémantiques traduisent, en second lieu, une entreprise de neutralisation de la portée de la clause de ratification (ou de présentation à la ratification). Cette clause est rarement présentée comme la *condition* de la validité des décrets-lois. Lorsqu'elle l'est[137], c'est au titre d'une « condition résolutoire », et non d'une « condition suspensive ». Or, la « condition résolutoire » [138] est nettement plus favorable à l'existence immédiate et définitive d'un acte que la « condition suspensive »[139], à laquelle s'apparente classiquement la ratification en droit civil. Contrairement à ces dernières, « la condition résolutoire » admet la validité initiale de l'acte (sa *« force juridique pleine et entière »*[140]), anéanti rétroactivement si et seulement si la condition se réalise. L'absence de « ratification » (ou « transformation » en loi) ne remettrait donc pas en cause la validité *ab initio* du décret-

---

[135] ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.,* p.576

[136] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.689, note 33

[137] v., par exemple, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.689, note 33 ; DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.343-346

[138] v. la définition donnée par le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : *« En présence d'une condition résolutoire, l'obligation naît immédiatement et produit tous ses effets, mais son anéantissement est subordonné à l'accomplissement de la condition. »* (on souligne)

[139] *« En présence d'une condition suspensive, la naissance de l'obligation est suspendue à l'accomplissement de cette condition : tant que la condition n'est pas réalisée, l'obligation conditionnelle n'existe qu'en germe, seul l'accomplissement de la condition rend l'obligation pure et simple. »* (on souligne) (même Rapport).

[140] AUBRY, C., RAU, C., *Cours de droit civil français,* t.4, 4e éd., *op. cit.,* p.78

loi, parfaitement régulier dès son origine. La « condition résolutoire » permet donc de conserver la fiction du caractère pleinement administratif du décret-loi. Quoi qu'il en soit, Carré de Malberg refuse le caractère rétroactif à cette « condition résolutoire » de transformation en loi. Cette entorse au droit civil[141] – de la part d'un ancien civiliste – est révélatrice de l'entreprise de neutralisation de la clause de « ratification » ; *« le refus de ratifier*, écrit-il, *abroge le décret, mais seulement pour l'avenir. A plus forte raison, si les Chambres accordent la ratification, il n'est point besoin qu'elles valident le décret, en le transformant en loi pour le passé. »*[142] Pour la majorité des auteurs, le défaut de présentation du décret-loi à la ratification n'est pas une *condition* de sa validité, dont la réalisation entraînerait la *caducité* automatique de l'acte (même pour l'avenir). Soit, il n'engage que la responsabilité politique du Gouvernement devant le Parlement, et le décret-loi demeure infiniment valide à valeur administrative[143] ; soit il s'apparente à un simple *vice de forme* entraînant l'illégalité du décret-loi à partir du jour où il eût dû être présenté à la ratification[144] (et non du jour de son édiction). Quoi qu'il en soit, pour la doctrine publiciste, la « ratification » (ou l'absence de « ratification ») parlementaire n'affectera la validité du décret-loi qu'*ex nunc* (pour l'avenir), sans jamais remettre en cause son existence *ex tunc* (rétroactivement). Manifestations ordinaires du pouvoir réglementaire, les décrets-lois, demeurent juridiquement parfaits dès leur édiction.

662. La clause de « ratification » est donc neutralisée, par la doctrine, dès les lendemains de la Première guerre mondiale. Le Conseil d'Etat réceptionne, et consacre, ces solutions doctrinales[145]. La ratification n'est pas considérée par le juge administratif comme une condition de la validité des décrets-lois. En témoignent l'absence de toute référence à l'idée de ratification dans l'avis du 6 février 1953 (*cf. infra*, n°680 s.) ainsi que les nombreux arrêts admettant, outre la recevabilité des recours, la légalité des décrets-lois non encore ratifiés[146]. Cette position est confirmée dans un avis du 19 janvier 1956. Interrogée par le Gouvernement

---

[141] Car la « condition résolutoire » opère toujours de manière rétroactive. (AUBRY, C., RAU, C., *op. cit.,* p.80)

[142] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.689, note 33

[143] JEZE, G., « Note sous Cass., crim., 29 avril 1921, *Cassirame », RDP,* 1921, p.541 ; GOUET, Y., *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, op. cit.,* p.150 et s. ; CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.969-970

[144] MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, op. cit.,* p.207-212

[145] Sur cette jurisprudence, v. STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* p.347 et s.

[146] v., par exemple, CE, 3 août 1918, *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient,* Rec. p.814 ; CE, 15 mars 1933, *Amiot,* Rec., p.311 ; CE, 6 juin 1934, *Caron,* Rec. p.638 ; CE, 27 janvier 1937, *Giard et Hardy,* Rec. p.107 ; CE, 7 mars 1947, *Entreprise Jaulard et cie,* Rec. p.103 ; CE, 4 janvier 1954, *Patris,* Rec. p.6

sur le régime de la ratification prévue par l'article 2 de la loi d'habilitation du 28 novembre 1955, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat considère que :

> « les décrets pris en application de ladite loi seront immédiatement exécutoires ; que s'ils doivent en vertu de ce texte être soumis à la ratification du Parlement avant le 1er septembre 1956, il résulte de la jurisprudence du Conseil d'Etat que le fait que leur ratification ne serait pas intervenue n'est pas de nature à les entacher d'illégalité ou à les frapper de caducité ; »[147]

C'est ici une parfaite transposition des positions doctrinales élaborées depuis 1918. Afin de conserver la fiction du caractère administratif du décret-loi, présenté comme juridiquement parfait dès son édiction – en tant que manifestation ordinaire du pouvoir réglementaire – la doctrine et la jurisprudence ont *« escamoté »*[148] (G. Liet-Veaux) le principe même des ratifications. Vidées de leur substance juridique, celles-ci demeurent de purs instruments politiques.

c) La ratification comme « compromis politique »

663. Des éléments précédents, il résulte que les clauses de « ratification » sont inutiles à l'admission de la constitutionnalité des décrets-lois. Pire, elles révéleraient leur inconstitutionnalité manifeste. Juridiquement explétives, les clauses de ratifications n'en demeurent pas moins politiquement indispensables. Dans l'entre-deux-guerres, elles relèvent de ces *« compromis politiques »*[149], récemment mis en évidence par Jérôme Henning, pour rendre acceptable – par les parlementaires – le recours aux décrets-lois. Les débats dans les Chambres en témoignent. En 1924, Raymond Poincaré sollicite les « pleins pouvoirs » financiers. Devant le Sénat, il présente la « clause de ratification » comme conservatrice des prérogatives parlementaires : *« Y a-t-il là, je vous le demande, rien qui ressemble à une amputation des droits du Parlement ? Le Parlement donne d'avance une autorisation provisoire. Il accorde ensuite ou refuse sa ratification. Il reste donc maître avant et maître après. »*[150] De la part de celui qui s'apprête à légiférer hors du Parlement, la mention de la ratification s'apparente à une stratégie politique, censée rendre mieux acceptables les pleins-pouvoirs. Poincaré n'hésite d'ailleurs pas à qualifier la ratification de *« condition*

---

[147] CE, Assemblée générale, 19 janvier 1956, n°268543 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/402 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/21, dossier n°2

[148] LIET-VEAUX, G., « Décrets-lois et décrets de crise », *art. cit.,* p.50

[149] HENNING, J., « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *art. cit.,* p.1196. L'auteur met en évidence la place croissance accordée à la question du délai de ratification.

[150] J.O.D.P., Sénat, page 323 – 2e séance du 14 mars 1924 ; v. déjà, J.O.D.P., Chambre des députés, page 326 – 2e séance du 26 janvier 1924

résolutoire » [151], qui distinguerait ses décrets-lois des RAP traditionnels, à propos desquels les Chambres – en les prescrivant sans les ratifier – *« se dessaisissent complètement »*[152]. Dans les années 1930, la « clause de ratification » demeure un véritable enjeu pour l'obtention des pleins-pouvoirs devant les assemblées parlementaires. Elle est présentée, par l'Exécutif, comme une garantie contre l'abdication des droits du Parlement, et perçue comme telle par les parlementaires [153]. Bientôt, la question des délais de présentation des décrets-lois à la ratification occupe le cœur des débats [154]. En 1934, sous la pression des socialistes, le Gouvernement Doumergue est contraint de réduire la durée du délai de présentation à la ratification[155]. En 1935, Pierre Laval est conduit à opérer des concessions semblables[156]. Mais les parlementaires ne sont pas dupes de l'inutilité juridique de ces ratifications, qui n'entraînent aucune conséquence sur la validité des décrets-lois (*cf. supra*, n°661)[157]. A la fin des années 1930, ils cherchent à leur rendre une *« efficacité véritable »*[158], en les érigeant en véritables « conditions résolutoires » emportant, le cas échéant, la caducité des décrets-lois. Cette solution – jamais consacrée en droit positif – témoigne de l'importance stratégique acquise par la « clause de ratification » dans les discussions parlementaires au stade du vote des pleins-pouvoirs.

664. Parce qu'elle aboutit à faire revivre la « théorie du mandat » et entretient l'idée de l'irrégularité congénitale des décrets-lois, la portée juridique de la ratification est neutralisée

---

[151] J.O.D.P., Sénat, page 323 – 2e séance du 14 mars 1924

[152] *« Par la procédure des RAP, les Chambres, en effet, se dessaisissent complètement. (...) Au contraire, dans les dispositions que nous vous soumettons, il n'en est pas de même, il y a simplement autorisation provisoire donnée sous condition résolutoire. »* (J.O.D.P., Sénat, page 323 – 2e séance du 14 mars 1924). Le raisonnement est complètement fallacieux parce que les RAP n'ont pas vocation à modifier la législation formelle en vigueur.

[153] v., les propos du député Paul Jacquier, rapporteur général, en juin 1934 : *« Ce n'est pas un blanc-seing. Le Parlement n'abandonne pas le droit de légiférer qui lui appartient. (...) [Il] pose les principes de la réforme et fixe les limites dans lesquelles le Gouvernement appliquera ensuite, par décrets, les principes posés, décrets qui seront soumis ensuite à votre ratification »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1808 – séance du 27 juin 1934) ; v. encore, les propos du député André Isoré, rapporteur pour avis, en juin 1937 : *« Le Parlement se doit de munir l'Exécutif des pouvoirs nécessaires. Ce faisant, il ne consentira aucune abdication dès lors que ses droits de contrôle et de ratification sont sauvegardés. »* (on souligne) (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1924 – 2e séance du 11 juin 1937)

[154] v., sur ce point, HENNING, J., « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *art. cit.,* p.1200 et s.

[155] v., les propos du ministre des finances, Louis Germain-Martin, à la suite d'une intervention de Paul Ramadier : *« Je propose, d'accord avec la commission des finances, de fixer la date du 31 octobre pour la ratification, et non celle du 31 décembre 1934 »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 648 – séance du 22 février 1934)

[156] J.O.D.P., Chambre des députés, page 1772 – séance du 4 juin 1935

[157] J.O.D.P., Sénat, page 686 – séance du 19 juin 1937

[158] v., les propos du sénateur Abel Gardey, rapporteur général : *« Nous maintenons le principe de la ratification obligatoire dans un certain délai – que nous acceptons de voir porter à deux mois – sous peine de caducité des décrets »* (J.O.D.P., Sénat, page 699 – séance du 20 juin 1937)

par la doctrine et la jurisprudence. Elle demeure – selon les mots d'Henry Nézard – un simple *« hommage de style rendu à l'autorité parlementaire et un artifice politique pour obtenir le vote de la loi. »*[159]

665. Conclusion. En refusant, tant la théorie de la délégation législative, que celle de la co-décision parlementaire, la doctrine et la jurisprudence ont permis *l'administrativisation* des décrets-lois, condition de leur constitutionnalité. A leurs yeux, la loi d'habilitation conditionne la faculté d'entreprendre le décret-loi, en autorisant sa production (condition *secundum legem*), tout en abrogeant d'elle-même et par avance toutes les dispositions législatives en vigueur potentiellement contraires (condition *infra legem*). C'est là l'exacte définition de la légalité administrative enseignée par Carré de Malberg. Ainsi, les décrets-lois demeurent, selon ses mots, de *« purs décrets »*[160] ; ils sont de *« simples règlements »*[161] pour Maxime Mignon ; une *« manifestation normale du pouvoir exécutif »*[162], pour René Capitant ; des *« décrets comme les autres »*[163] pour Pierre Laroque ; une simple *« extension de la compétence réglementaire »*[164] pour Jacques Donnedieu de Vabres. Rien ne justifie, dans ces conditions, une quelconque ratification. La fiction du caractère exécutif du décret-loi est entièrement conservée, et celle de la spécialisation fonctionnelle sauvegardée. L'inconstitutionnalité du procédé est neutralisée.

§2. La régularité constitutionnelle des décrets-lois

666. Maintenir la fiction du caractère administratif du décret-loi permet de déverrouiller les obstacles d'inconstitutionnalité, en les subsumant intégralement sous la « fonction d'exécution des lois » (elle-même largement entendue (*cf. supra,* n°471 s.)). L'opération est indispensable pour rapatrier les décrets-lois sous l'empire des lois constitutionnelles, sans céder aux théories des circonstances exceptionnelles. Constitutionnaliser les décrets-lois permet de normaliser leur usage, dans les temps ordinaires. Autrement dit, de leur conférer une légitimité légale-rationnelle. La régularité constitutionnelle du procédé est donc professée

---

[159] ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* t.2, 8e éd., *op. cit.,* p.115
[160] CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-7 et 10.30-8
[161] MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, op. cit.,* p.189
[162] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.255
[163] LAROQUE, P., Note sous CE, 27 décembre 1938, *Association amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'Etat, S.* 1939.III.33, spéc. p.34
[164] DONNEDIEU de VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 », *art. cit.,* p.5

très tôt par la doctrine, notamment positiviste (A) et consacrée par le Conseil d'Etat dans son avis du 6 février 1953 (B).

A- UNE REGULARITE PROFESSEE PAR LA DOCTRINE

667. Apparus sous la pression des faits, les décrets-lois existaient avant d'avoir été théorisés. L'admission de leur régularité constitutionnelle est, en revanche, le fruit d'une systématisation doctrinale. Les professeurs de droit – particulièrement les positivistes – cherchent à conférer une légitimité légale-rationnelle au procédé[165]. A la faveur du silence des lois constitutionnelles de 1875, la régularité des décrets-lois est immédiatement admise sous la IIIe République (1). L'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 crée en revanche un obstacle nouveau, finalement neutralisé (2).

1) Une régularité immédiatement admise sous la IIIe République

668. Alors qu'elle suscite les plus vives résistances parlementaires jusqu'en 1934, la pratique des « décrets-lois » est immédiatement perçue comme régulière par la doctrine constitutionnelle. On en identifie facilement les raisons. Sous la Première guerre mondiale, les « décrets-lois » passaient pour une alternative préférable aux « règlements de nécessité » apparus – illégalement – en dehors de toute habilitation parlementaire. La doctrine invitait les pouvoirs publics à imiter les pratiques observées à l'étranger et à s'engager dans la voie des lois de « pleins pouvoirs »[166]. Parallèlement, elle interprétait le silence des lois constitutionnelles de 1875 comme n'interdisant pas les décrets-lois, à condition qu'ils pussent être subsumés sous la fonction d'exécution des lois, et que fût maintenue la fiction de la souveraineté parlementaire (*cf. supra*, n°624 s.). En définitive, c'est bien parce que *« le Parlement demeure maître »*[167] (R. Carré de Malberg) en votant les lois d'habilitation (a), que

---

[165] v., par exemple, les propos d'André de Laubadère en 1952 : *« il paraît bien difficile pour le juriste d'adopter une attitude purement négative et de proclamer que nous vivons et vivrons (…) dans l'inconstitutionnalité. Sans doute ne pourrait-on faire autrement si aucune justification juridique des décrets-lois n'était vraiment admissible. Mais est-ce vraiment le cas ? »* (LAUBADERE (de), A., « Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois », *art. cit.,* p.489) Avant lui, Henry Berthélemy et Jean Rivero écrivaient en 1938 : *« le juriste ne peut se borner à une condamnation de principe, toute platonique ; une telle attitude est stérile du point de vue pratique, et le droit, discipline sociale, ne saurait faire entièrement abstraction de ce point de vue ».* (*Cinq ans de réformes administratives, op. cit.,* p.8).

[166] En témoignent les propos de Louis Rolland en 1918, à propos du règne de « l'illégalité nécessaire » : *« il fallait sortir de la situation et faire intervenir le législateur. »* (ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.,* p.563)

[167] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* p.599

la pratique des décrets-lois est admise avec une rare unanimité sous la troisième République (b).

a) « Le Parlement demeure maître » (Carré de Malberg)

669. Carré de Malberg l'admet sans détour : *« la pratique [des décrets-lois] est pleinement conforme au droit établi par la Constitution de 1875. »*[168]. Son raisonnement tout entier procède de l'idée qu'en habilitant l'Exécutif à légiférer par décrets-lois, le Parlement demeure le « maître » de l'activité gouvernementale, sinon du système constitutionnel. Cette thèse – déjà défendue dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat* à propos des RAP – est particulièrement développée dans *La loi, expression de la volonté générale* en 1931. On peut la présenter en quatre temps :

- premièrement, la Constitution de 1875 (article 1er et 3 de la loi du 25 février 1875), ne détermine les rapports entre la loi et le règlement que d'un point de vue *hiérarchique* et *formel.* Le pouvoir exécutif n'est défini que par référence à la notion « d'exécution des lois », indépendamment de toute considération relative au contenu des actes. Si donc le règlement doit se maintenir *infra* et *secundum legem,* il peut en revanche édicter toute espèce de mesures sur toute espèce d'objet et de matières *à condition d'y avoir été habilité* par une loi parlementaire (*cf. supra,* n°480 s.). Son champ d'application est illimité, à condition d'agir sur autorisation parlementaire ;

- cette absence de limite à l'extension du pouvoir réglementaire n'est, deuxièmement, ni un *« oubli »,* ni une *« négligence »* constitutionnelle[169]. Elle résulte du fait que la Constitution a érigé le Parlement en représentant de la volonté générale, donc qu'elle l'a assimilé au souverain ; dans ces conditions, elle a *égalé* le pouvoir législatif au pouvoir constituant[170]. Ainsi, le Parlement devient-il *« maître de régler la distribution des compétences entre lui et l'Exécutif »*[171] ; parce qu'il exprime la volonté souveraine, le Parlement ne doit rencontrer aucun obstacle lorsqu'il décide d'actionner, aux fins qu'il juge

---

[168] CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit.,* p.399, note 1 ; v. encore, CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89 ; et CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-7

[169] *ibid.,* p.86

[170] *ibid.,* p.45-46. v., aussi p.116 et s. et CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-8 ; Carré de Malberg n'en demeure pas moins critique : *« il serait indispensable d'établir chez nous la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif qui actuellement n'y existe pas, de telle sorte qu'il ne soit plus au pouvoir de la majorité parlementaire ordinaire de modifier les lois constitutionnelles »* (*La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.129)

[171] *ibid.,* p.44

utile, la puissance réglementaire de l'Exécutif ; il *« doit pouvoir, à son choix et en toute matière, ou bien légiférer intégralement par lui-même, ou bien charger l'Exécutif de statuer par décret »*[172], de sorte qu'il dispose de l'entière liberté de *« pousser ses habilitations réglementaires aussi loin qu'il le croirait opportun »*[173]. En un mot, il détient des *« facultés illimitées d'habilitations »*[174] ;

- troisièmement, et corollairement, il n'existe aucune juridiction constitutionnelle susceptible de contrôler la régularité des habilitations conférées par le Parlement à l'Exécutif, de sorte qu'il n'existe aucune tierce autorité chargée de sanctionner l'incompétence négative du législateur ; *« tout se tient donc logiquement dans le système qu'a consacré la Constitution de 1875 »*[175] ;

- quatrièmement, et en conclusion, le Parlement joue, vis-à-vis de l'Exécutif, *« un rôle comparable au rôle d'une assemblée constituante »*[176]. Dans ces conditions, l'habilitation parlementaire, loin d'être une abdication, est un acte de souveraineté ; *« il est permis de dire que plus ces habilitations sont fortes, plus la faculté qu'a le Parlement de les accorder, témoigne de la hauteur de la puissance parlementaire. »*[177]

670. Ces développements témoignent de l'importance qu'acquiert progressivement la question de la justice constitutionnelle – donc de la supériorité constitutionnelle – dans l'émancipation du pouvoir réglementaire (*cf. infra*, n°734 s., n°926 s.). Quoi qu'il en soit, chez Carré de Malberg, parce qu'il « exécute » sa loi d'habilitation – elle-même présentée comme la manifestation d'une volonté maîtresse (initiale et inconditionnée) – le décret-loi est pleinement conforme aux principes constitutionnels de 1875. Par cette démonstration, le maître de Strasbourg confère une légitimité légale-rationnelle aux lois de « pleins-pouvoirs » qui n'est certainement pas sans incidence sur le ralliement progressif des radicaux et des socialistes aux décrets-lois au milieu des années 1930. Carré de Malberg apporte une caution juridique républicaine à la pratique des décrets-lois et, de ce point de vue, contribue pleinement à l'émancipation du pouvoir réglementaire. A la suite de sa démonstration, opérée de 1920 à 1931, rares sont les auteurs à ne pas admettre la constitutionnalité des décrets-lois sous la troisième République.

---

[172] *ibid.,* p.87.
[173] *ibid.*
[174] *ibid.,* p.89
[175] *ibid.,* p.92
[176] *ibid.,* p.91
[177] *ibid.*

b) Une unanimité doctrinale

671. A l'exception notable de Marcel Waline[178] – qui maintiendra sa position jusqu'en 1958 – la doctrine publiciste de la troisième République admet avec une rare unanimité la thèse de la constitutionnalité des décrets-lois. La caution apportée à cette thèse par Carré de Malberg, dès les années 1920, n'y est sans doute pas étrangère. Ses collègues aboutissent progressivement à la même conclusion ; les décrets-lois ne sont pas contraires aux lois constitutionnelles de 1875. Rien d'étonnant de la part de ses disciples et amis, René Capitant[179] et Georges Burdeau[180]. Mais cette idée est admise bien au-delà du cercle de Strasbourg ; dans l'entre-deux-guerres Louis Rolland[181], Gaston Jèze[182] (disciples de Duguit), Jean Delvolvé[183] (élève de Maurice Hauriou), ainsi que de jeunes docteurs (Antoinette Pichat[184], ou Maxime Mignon[185]) acceptent sans difficulté la thèse de la constitutionnalité des décrets-lois, sans avoir à rompre avec le positivisme juridique. Leur raisonnement est peu ou prou semblable à celui de Carré de Malberg.

672. D'autres auteurs, en revanche, refusent – non sans raison – de subsumer les décrets-lois sous la fonction d'exécution des lois. Ils n'admettent pas moins la validité du procédé, à la faveur d'une coutume constitutionnelle (*praeter,* voire *contra constitutionem*). Cette thèse est, sans surprise, défendue par Léon Duguit[186], et ses disciples bordelais Roger Bonnard[187], Yvon Gouet[188] et Dragos Rusu[189] ; mais s'étend – à la fin des années 1930 – au-delà du cercle de l'école de Bordeaux[190]. Quant à Maurice Hauriou, il rattache les « décrets-lois » au pouvoir réglementaire des *« temps anormaux »*[191] – dont il ne cesse de démontrer la nécessité pour la légitime défense de l'Etat (*cf. supra,* n°540 s.) – et ne s'interroge donc pas vraiment sur la régularité formellement constitutionnelle du dispositif.

---

[178] WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *Année politique française et étrangère,* vol. 8, 1933, p.405-413 ; WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.322
[179] CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme, op. cit.,* p.334
[180] BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel,* 4ème éd., *op. cit.,* p.188
[181] ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.53
[182] JEZE, G. *Les principes généraux du droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.126
[183] DELVOLVE, J., *Les « délégations de matières » en droit public, op. cit.,* p.144
[184] PICHAT, A., *Les décrets en matière législative, op. cit.,* p.173
[185] MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public, op. cit.,* p.177
[186] DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.325 et 330-331
[187] BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.295
[188] GOUET, Y., *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, op. cit.,* p.50
[189] RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875, op. cit.,* p.239 et s.
[190] BERTHELEMY, H., RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives, op. cit.,* p.8
[191] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.448

673. De cet exposé, il résulte que la doctrine constitutionnelle de l'entre-deux-guerres admet – avec une unanimité rare – la thèse de la constitutionnalité des décrets-lois. A la fin des années 1930, les décrets-lois ne posent aucune difficulté juridique, ni politique. Les réformistes encouragent même d'y recourir, comme manifestation modernisée du système parlementaire majoritaire (*cf. supra,* n°203 s.). A la Libération, en revanche les données du problème sont différentes. Les décrets-lois font de nouveau figure de « hantise » républicaine.

2) Une régularité finalement admise sous la IVe République

674. Sous la quatrième République, l'histoire de l'interprétation de la constitutionnalité des décrets-lois est celle *« d'un grand revirement doctrinal »*[192] – comme l'a récemment montré Benjamin Fargeaud, dans une thèse à laquelle on renvoie largement sur cette question. A la Libération, les décrets-lois sont de nouveau perçus comme une *« hantise »* [193] républicaine (C. Nicolet). Les lois de « pleins-pouvoirs » des années 1930 apparaissent rétrospectivement comme ayant habitué les parlementaires, la doctrine et l'opinion à la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 et au « pouvoir des bureaux » du régime de Vichy (*cf. supra,* n°284 s.). Ainsi, en 1945-1946 les décrets-lois sont majoritairement condamnés, ce que semble confirmer l'esprit, sinon la lettre, de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 (a). Progressivement cependant, la doctrine renoue – en dépit du texte constitutionnel – avec les arguments de l'entre-deux-guerres, et se rallie majoritairement à la thèse de la constitutionnalité du procédé (b).

a) L'obstacle de l'article 13

675. Dans les premiers mois d'application de la Constitution de 1946, la question de la constitutionnalité des décrets-lois n'est guère controversée. L'article 13 de la Constitution – aux termes duquel : *« L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit. »* – est perçu comme interdisant les décrets-lois. En dépit des ambiguïtés rédactionnelles du texte (*cf. supra,* n°315 s.), la doctrine s'entend presque unanimement sur cette interprétation. Robert Pelloux, Georges Liet-Veaux, Julien Laferrière, Marcel Prélot, Maurice Duverger, René Capitant, Georges Vedel, André de Laubadère, et Marcel Waline (évidemment) admettent que l'esprit de l'article 13, sinon sa lettre, prohibe le recours aux lois

[192] FARGEAUD, B., *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République, op. cit.,* p.252 et s.
[193] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267 et s.

de pleins-pouvoirs[194]. Ils s'appuient, en ce sens, sur *l'intention* des Assemblées constituantes, et lisent – non sans raison – la Constitution à la lecture de son contexte d'élaboration, dont on a démontré qu'il s'avérait clairement hostile à la pratique des décrets-lois (*cf. supra,* n°281 s.). En un mot, il existe dans les premiers mois d'application de la quatrième République un *sentiment* généralisé d'interdiction des décrets-lois, formellement véhiculé par l'article 13 de la Constitution. Les décrets-lois, qui n'étaient plus un problème politico-juridique à la fin des années 1930, redeviennent un problème[195].

676. Les pouvoirs publics sont condamnés aux expédients. Afin de ne pas violer l'article 13, ils imaginent des mécanismes de contournement. Parmi eux, figurent la procédure de législation gouvernementale sur avis conforme des commissions parlementaires (*cf. supra,* n°635 s.), ou la théorie des « matières réglementaires par nature », consacrée par la loi du 17 août 1948 (*cf. supra,* n°582 s.). A partir de cette date, la condamnation des décrets-lois devient difficilement tenable, sauf à sacrifier le réalisme à l'idéalisme. Ces considérations conduisent la doctrine à neutraliser, depuis la chaire, la portée de l'article 13.

b) Un obstacle neutralisé

677. L'hypocrisie de la loi du 17 août 1948[196] place la doctrine constitutionnelle face à un dilemme : faut-il s'en tenir à condamner la violation de l'article 13 ? se satisfaire de montages artificiels tels que la théorie des « matières réglementaires par nature » ? ou bien interpréter les décrets-lois conformément à la Constitution de 1946 ? Rares sont les auteurs à choisir la première option[197]. Quant à la deuxième, elle ne trouve de défenseurs qu'au Conseil d'Etat (dont on sait qu'il est à l'origine de la théorie des matières « réglementaires par nature » (*cf.*

---

[194] PELLOUX, R., « La Constitution du 19 avril 1946 », *art. cit.,* p.48 ; PELLOUX, R., « La nouvelle Constitution de la France », *art. cit.,* p.82 ; LIET-VEAUX, G., « La séparation des pouvoirs et l'avenir des décrets-lois », *art. cit.,* p.110 ; LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.1000 ; PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel,* 1ère éd., *op. cit.,* p.446-448 ; DUVERGER, M., *Manuel de droit constitutionnel et de science politique,* 5e éd., Paris : Presses universitaires de France, 1948, 403 pages, spéc. p.330-331 ; LAUBADERE, A. (de)., *Manuel de droit administratif,* 3e éd., Paris : LGDJ, 1951, 320 pages, spéc. p.186 ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p.500 ; WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif,* 5e éd., *op. cit.,* p.34 ; S'agissant de René Capitant, v. J.O.D.P., Assemblée nationale, page 5568-5572 – 1ère séance du 9 août 1948

[195] FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.253 et s.

[196] Personne n'est dupe sur la véritable portée de la loi du 17 août 1948, et la théorie des « réglementaires par nature » qu'elle consacre : c'est d'un retour aux décrets-lois qu'il s'agit (*cf. supra,* n°588)

[197] WALINE, M., *Droit administratif, op. cit.,* 7e éd., 1957, p.122 ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p.499 ; et VEDEL, G., *Cours de droit constitutionnel : 1954-1955, op. cit.,* p.803. Pour Vedel, la thèse de l'inconstitutionnalité des décrets-lois est indispensable à l'enracinement de la supériorité constitutionnelle. Ce faisant, il rompt avec Carré de Malberg (*cf. supra,* n°669 s.) ; v. encore, CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.1000

supra, n°582 s.)[198]. En vérité, la grande majorité de la doctrine opte pour la troisième alternative, et – à partir de 1948 – choisit de procéder à *l'interprétation conforme* des décrets-lois à l'article 13 de la Constitution.

678. L'entreprise est aisée. Elle ne nécessite aucune innovation doctrinale. Il suffit de renouer avec les thèses de l'entre-deux-guerres, c'est-à-dire avec la démonstration que les décrets-lois demeurent de purs *actes administratifs* ; autrement dit, qu'ils ne sont jamais le produit d'une délégation législative (*cf. supra,* n°627 s.). De cette manière, on neutralise – sans effort – le texte de l'article 13 de la Constitution, qui interdit seulement à l'Assemblée nationale de « déléguer » son droit de voter la loi. En 1948, Roger Pinto est le premier à s'engager dans cette voie ; il réceptionne le raisonnement de ses aînés et aboutit à la conclusion que la *« formule [de l'article 13] est insuffisante »* [199], car *« les lois qui octroient au Gouvernement des pouvoirs spéciaux ne « délèguent » pas le droit de voter la loi. »*[200] Le ton est donné ; et la doctrine se rallie progressivement à cette thèse. Quelques mois plus tard, Jacques Donnedieu de Vabres considère que *« tel qu'il est rédigé [l'article 13] manque son but. Le décret-loi n'est ni une délégation, ni une usurpation du pouvoir législatif ; (...) ses mailles trop lâches laissent échapper le décret-loi. »*[201] André de Laubadère parvient aux mêmes conclusions[202]. Georges Burdeau[203] et René Capitant[204] reconnaissent volontiers leur fidélité à la pensée de Carré de Malberg pour admettre la constitutionnalité du procédé sous l'empire de la Constitution de 1946. Tous ces auteurs voient en les décrets-lois des actes pris « en exécution » des lois, sur le fondement d'une loi d'habilitation qui en autorise la production, conformément à la conception dynamique de l'exécution des lois théorisée par le maître de Strasbourg dès 1920 (*cf. supra,* n°473 s.). Quant à Maurice Duverger, c'est à la faveur de la coutume constitutionnelle qu'il se rallie à la thèse désormais majoritaire[205].

---

[198] MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *Recueil Dalloz,* 1953, I, p.57-62

[199] PINTO, R., « La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.536

[200] *ibid.*

[201] DONNEDIEU DE VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 », *art. cit.,* p.5.

[202] LAUBADERE (de), A., « Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois », *Recueil Dalloz,* 1952, chronique, p.35-40 ; LAUBADERE (de), A., « L'article 13 », *Etudes juridiques,* 1954, n°3-4, p.12-15

[203] BURDEAU, G., *Traité de science politique, t.3, Le statut du pouvoir dans l'Etat, op. cit.,* 1ère éd., p.198 ; BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957,* Paris : les cours de droit, 1957, 603 pages, spéc. p.552-553

[204] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.114 ;

[205] DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques, art. cit.,* p.534

679. En résumé, à la veille de 1958 – au prix d'une *« volte-face »*[206] rarement observée – la doctrine constitutionnelle renoue définitivement avec les thèses défendues depuis Adhémar Esmein et Henry Berthélemy depuis la fin du XIXe siècle, et réactualisées par Raymond Carré de Malberg durant l'entre-deux-guerres. L'interprétation neutralisante de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 témoigne d'une volonté conjoncturelle de rapatrier les pratiques politiques sous l'empire du droit, sans céder au simple constat de sa violation. Elle traduit surtout une représentation structurelle des décrets-lois, admis dans la République parlementaire à condition d'être *administativisés.* Après 1958, l'article 38 de la Constitution de la Ve République subira – selon les propres termes de Louis Favoreau – la même *« neutralisation »*[207]. Le Conseil d'Etat n'est pas étranger à cette entreprise.

B- UNE REGULARITE CONSACREE PAR LE CONSEIL D'ETAT : L'AVIS DU 6 FEVRIER 1953

680. Sous la IIIe République, le Conseil d'Etat ne s'est jamais expressément prononcé sur la régularité constitutionnelle des décrets-lois. Tandis qu'en 1924, l'Assemblée générale – consultée sur les projets de décrets-lois du ministère Poincaré – n'admet qu'implicitement la constitutionnalité du dispositif[208], en 1936, dans sa jurisprudence *Arrighi,* la Section du contentieux déclare inopérant le moyen tiré de la violation de la Constitution par une loi d'habilitation, réaffirmant ainsi sa position sur l'écran législatif[209]. Il faut attendre la IVe République pour lui donner une telle occasion. S'il n'est pas directement associé à l'élaboration de la Constitution de 1946, le Conseil d'Etat est néanmoins largement sollicité pour interpréter ses dispositions. En 1953, à l'occasion d'un avis devenu « grand »[210] (2), il interprète l'article 13 conformément aux idéaux de la pensée républicaine (1).

---

[206] FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.279

[207] FAVOREU, L., « Ordonnances ou règlements d'administration publique » ?, *RFDA,* 1987, p.686-699, spéc. p.687 et s

[208] CE, Assemblée générale, 1er mai 1924, « Projet de décret portant modification, par application de la loi du 22 mars 1924, des dispositions de la loi du 14 décembre 1920 instituant temporairement près la Cour de cassation une Commission supérieure de cassation », n°186520 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//5206, dossier n°80

[209] CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi,* Rec. p.966 ; *D.* 1938.3.1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; *RDP* 1936.671, concl. Latournerie ; *S.* 1937.3.33, concl. Latournerie, note Mestre. Le sieur Arrighi conteste la constitutionnalité de l'article 36 de la loi d'habilitation du 28 février 1934, accordant les « pleins pouvoirs » à Gaston Doumergue.

[210] GAUDEMET, Y., STIRN, B., DAL FARRA, T., ROLLIN, F., *Les Grands avis du Conseil d'Etat,* 3ème éd., Paris : Dalloz, 3ème éd., 2008, 834 pages, spéc. p.98 et s.

1) Le contenu de l'avis : la captation de l'héritage doctrinal

681. L'avis du 6 février 1953, délibéré par la Commission spéciale du Conseil d'Etat pour l'examen de questions relatives à la réforme de la Constitution[211], a été rendu public par le Gouvernement et reproduit dans le journal *Le Monde*[212] et à la *Revue du droit public*[213] dès 1953. Très largement commenté, tant par la doctrine que par les parlementaires de l'époque (*cf. infra*, n°694 s.), il est aujourd'hui permis d'en entreprendre une étude historique sur la base des documents (minute de l'avis, dossier et notes du rapporteur Georges Maleville) conservés aux Archives nationales[214]. L'avis n'ayant pas été délibéré en Assemblée générale, on ne dispose malheureusement d'aucun compte-rendu des débats. Les écrits et témoignages de Georges Maleville permettent de compenser cette lacune. Les enjeux qui entourent la rédaction de l'avis (a) éclairent le processus de son élaboration (b).

a) Les enjeux de l'avis : valider la loi du 17 août 1948 sans rompre avec l'article 13

682. Le passage de la SFIO dans l'opposition en janvier 1952 marque la fin de la Troisième force. Le retour de la droite au pouvoir, amorcé dès 1948, se traduit par le retour à l'orthodoxie économique et financière. Cette politique, qui suppose l'adoption de mesures promptes et efficaces, avait été rendue possible par le vote de loi du 17 août 1948 de « redressement économique et financier » et les quelques 200 décrets édictés sur son fondement. Sur le plan juridique, cette période est marquée par le retour de la controverse doctrinale sur la constitutionnalité des décrets-lois. Les divergences d'interprétation sur la portée de l'article 13 (et donc sur la constitutionnalité de la loi du 17 août 1948) sont susceptibles de fragiliser l'action gouvernementale. Elles conduisent l'Exécutif à solliciter l'avis du Conseil d'Etat, dont le soutien avait été précieux au stade de l'adoption de la loi du 17 août 1948 (*cf. supra,* n°583 s.).

683. Le contexte de la fin d'année 1952 accroît encore la nécessité d'une clarification ; le 23 décembre, Antoine Pinay démissionne à la suite d'une vive hostilité parlementaire sur son

[211] Les commissions spéciales se réunissent sur arrêté du vice-Président, à l'occasion d'affaires intéressant plus de deux sections administratives. Cette commission est présidée par René Cassin. Pour des raisons que l'on ignore, la version définitive de l'avis est imprimée sur un papier à en-tête de la Commission de la fonction publique.

[212] « M. Coste-Floret pense qu'une transaction peut être trouvée entre sénateurs et députés », *Le Monde,* 27 février 1953

[213] *RDP,* 1953, p.170 et s.

[214] CE, Commission spéciale pour l'examen de questions relatives à la réforme de la Constitution, 6 février 1953, n°260497 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/279

projet de pleins-pouvoirs[215] ; quelques jours plus tôt, le 18 décembre, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat avait émis un avis négatif sur un projet de loi portant réforme administrative, préparé par le Secrétariat d'Etat à la Présidence du Conseil, ayant pour objet la *« détermination des compétences normales du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire »* (*cf. infra,* n°1001 s.)[216] ; dans son discours d'investiture, René Mayer avait réaffirmé son souhait d'opérer une telle distinction des matières législatives et réglementaires, et d'engager la réforme constitutionnelle[217].

684. Le 28 janvier 1953, c'est dans ce contexte – marqué par la triple recherche de l'efficacité gouvernementale, de la légitimité juridique et de la légalité constitutionnelle – que le ministre d'Etat Paul Coste-Floret[218] sollicite, au nom du Gouvernement, l'avis du Conseil d'Etat sur la question de savoir :

> « quelles sont la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue dans l'article 13 de la Constitution, dans quelle mesure le gouvernement, à ce expressément autorisé par une loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et, en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires. »[219]

L'élaboration de l'avis du 6 février 1953 relève donc de la résolution de la quadrature du cercle. Pour le Conseil d'Etat, tout l'enjeu consiste à valider le dispositif de la loi du 17 août 1948 (et les centaines de décrets édictés sur son fondement) sans rompre avec l'article 13 de la Constitution, sans pour autant renouer avec la fiction des matières réglementaires « par nature », tant décriée par la doctrine (*cf. supra,* n°588). C'est au rapporteur Georges Maleville qu'échoie la difficile tâche de concilier ces trois exigences contradictoires.

b) L'élaboration de l'avis : entre empirisme et conceptualisme

685. L'avis est élaboré en huit jours par la Commission spéciale pour l'examen de questions relatives à la réforme de la Constitution, sous la plume du rapporteur Georges Maleville[220]. Parfaitement informé des controverses doctrinales sur la constitutionnalité des

---

[215] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 6247 et s. – 2ème séance du 12 décembre 1952

[216] L'avis avait été divulgué et commenté dans le journal *Le Monde* des 25 et 31 décembre 1952.

[217] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 3 – séance du 6 janvier 1953

[218] Le même jour, le ministre sollicite l'avis du Conseil d'Etat sur la portée de l'article 90 de la Constitution de 1946 (CE, Commission spéciale pour l'examen de questions relatives à la réforme de la Constitution, 6 février 1953, n°260496. L'interprétation de l'article 90 de la Constitution proposée par ce second avis du 6 février 1953 permettra au Gouvernement d'élaborer et de déposer des projets de loi constitutionnelle sous la IVe République.)

[219] Lettre du 28 janvier 1953, adressée par le ministre d'Etat Paul Coste-Floret au vice-président du Conseil d'Etat, 2 pages dactylographiées ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/279

[220] Né en 1914, Georges Maleville entre au Conseil d'Etat en tant qu'auditeur sous le régime de Vichy, devient maître des requêtes sous la IVe République et conseiller d'Etat sous la Ve République. Membre de la section de

décrets-lois (i), le Conseil d'Etat élabore un avis hautement équilibré, qui valide le passé en ménageant l'avenir, concilie les exigences d'opportunité et celles de légalité, réunit la *theoria* et la *praxis* (ii).

i) Le recours à la doctrine

686. Les archives révèlent que le Conseil d'Etat est parfaitement informé des controverses doctrinales sur la constitutionnalité des décrets-lois et des débats à l'Assemblée nationale constituante. En effet, le Gouvernement prend soin de joindre à sa demande d'avis un dossier recensant non seulement les extraits des comptes-rendus analytiques des travaux constituants de 1945-1946, mais surtout une synthèse des différentes positions universitaires et arguments en faveur de chacune des deux thèses[221]. En particulier, sont mentionnés comme auteurs interprétant l'article 13 dans le sens d'une interdiction des décrets-lois Georges Vedel, Julien Laferrière et Marcel Waline ; sont mentionnés comme auteurs soutenant la position inverse Louis Rolland, Georges Burdeau, Roger Pinto, Pierre Lampué et Jacques Donnedieu de Vabres (sur ces auteurs, *cf. supra,* n°667 et s.). Le dossier préparé par le Gouvernement confronte les deux thèses en présence et synthétise les deux séries d'arguments, mais la thèse favorable aux décrets-lois est plus largement détaillée (4 pages sur 5,5 pages). Le rapporteur Georges Maleville a lui-même une connaissance fine des positions doctrinales de l'époque ; en témoignent les nombreuses références aux travaux universitaires dans ses commentaires ultérieurs de l'avis du 6 février 1953[222]. Ces considérations permettent de comprendre la réelle cohérence qui existe entre la position du Conseil d'Etat, affichée dans son avis, et les thèses majoritairement soutenues en doctrine depuis l'entre-deux-guerres. Loin d'ignorer les controverses doctrinales, le Conseil d'Etat les emploie à la recherche d'un équilibre.

---

l'intérieur, il est désigné rapporteur sur de nombreuses affaires constitutionnelles et sera l'un des principaux défenseurs, tant de la loi du 17 août 1948 que de l'avis du 6 février 1953. v. ses écrits, MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *art. cit.* ; MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.* ; MALEVILLE, G., *Conseiller d'Etat, témoignage,* Paris : Litec, 1979, 265 pages

[221] « Les décrets-lois sous la Constitution de 1946. Les deux thèses en présence », 5,5 pages dactylographiées ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/279

[222] Apparaissent sous sa plume des renvois précis aux ouvrages et articles de Carré de Malberg, Roger Bonnard, Marcel Waline, Georges Vedel, René Capitant, Jean-Louis Quermonne, Georges Morange, Roger Pinto, André de Laubadère, Maxime Mignon et Georges Liet-Veaux. Il faut encore mentionner ses références aux travaux de son collègue Jacques Donnedieu de Vabres (MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *art. cit.,* p.57 et p.59 ; MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.57 et p.59)

ii) La recherche d'un équilibre

687. On ne peut comprendre l'avis du 6 février 1953 que par référence à la loi du 17 août 1948 et à la théorie des matières « réglementaires par nature » (*cf. supra,* n°582 s.). En 1953, tout l'effort du Conseil d'Etat consiste effectivement à valider le dispositif de la loi du 17 août 1948 sans toutefois vider de sens l'article 13 de la Constitution, mais sans pour autant renouer avec la fiction du domaine réglementaire « par nature », unanimement condamnée en doctrine (*cf. supra,* n°684).

688. La mouture du rapporteur : la distinction entre « décrets-lois » et « extension du pouvoir réglementaire »[223]. Pour le rapporteur Georges Maleville, cette réconciliation est rendue possible par la distinction opérée entre les « décrets-lois », d'une part, et la simple « extension du pouvoir réglementaire », d'autre part. L'article 13 interdirait les premiers, sans interdire la seconde. La première mouture de l'avis du 6 février 1953, rédigée par le rapporteur, est ainsi divisée en deux titres : *« 1° sur l'interdiction des décrets-lois par la Constitution »* / *« 2° sur l'extension, par le législateur, de la compétence du pouvoir réglementaire ».* Cette division repose sur une conception particulièrement *restrictive* du « décret-loi ». Le rapporteur considère que le propre du décret-loi n'est pas tant de modifier la loi (force active de la loi) que de ne pouvoir être modifié que par la loi (force passive de la loi), à raison de la forclusion du délai d'habilitation ou à la suite d'une ratification[224]. Pour Georges Maleville, le véritable critère du décret-loi est sa *destinée législative formelle*, c'est-à-dire sa capacité à produire *in fine « les mêmes effets juridiques que la loi »*[225]. La première rédaction de l'avis transpose cette façon de penser :

> « considérant que (…) si les décrets-lois avaient le caractère d'actes administratifs, et étaient, à ce titre, soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat, ils produisaient, après l'expiration du délai dans lequel ils devaient être pris, les mêmes effets juridiques que la loi, que leurs dispositions ne pouvaient plus être modifiées que par la loi (…) même en l'absence d'une ratification par le Parlement ; qu'ils étaient convertis en lois par cette ratification. »

---

[223] Reproduite en Annexe n°17

[224] En raisonnant ainsi, Georges Maleville renoue avec une conception lointaine (et encore incertaine) du « décret-loi », proposée par Roger Bonnard en 1927 : *« Ce qui est le propre du décret-loi, ce n'est pas de venir modifier une loi, mais de ne pouvoir être modifié lui-même que par une loi. »* (BONNARD, R., « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *art. cit.,* p.249). Cette phrase est expressément citée par Georges Maleville en 1954 (MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.59) Roger Bonnard a pourtant rapidement abandonné cette thèse. En 1943 et 1944, il écrit : *« L'idée essentielle du décret-loi est (...) qu'ils ont force de loi et peuvent ainsi venir modifier les lois existantes ».* Ils se définissent donc avant tout par leur force active de loi.

[225] MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *art. cit.,* p.57 ; MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.59. Les termes sont sibyllins. Qu'entend l'auteur par « effets juridiques » ? Le régime contentieux ? La modification de l'ordonnancement juridique ? Il n'apporte aucune réponse.

Cette conception est extrêmement restrictive mais permet à Georges Maleville de résoudre la quadrature du cercle :

- d'abord, elle permet de présenter les décrets pris sur le fondement de la loi du 17 août 1948 comme n'étant pas des décrets-lois, car – bien qu'abrogeant des dispositions législatives – ils n'ont aucune *destinée législative formelle*. En effet, la loi du 17 août 1948 n'impose aucune condition de ratification (ni même aucun délai d'habilitation), qui eussent été incompatibles avec la fiction des matières réglementaires « par nature » ; les décrets qu'elle autorise demeurent indéfiniment des actes administratifs. Cette distinction entre les « décrets du 17 août » et les « décrets-lois » est, en réalité, la raison d'être de l'avis du 6 février 1953, tel qu'imaginé par Georges Maleville. Dans ses articles ultérieurs, l'auteur s'évertue à mettre en évidence cette différence *« radicale »* [226] entre les deux types de décrets : contrairement aux lois de pleins-pouvoirs, la loi du 17 août 1948 poserait une habilitation générale, simplement recognitive de la normalité du pouvoir réglementaire.

- ensuite, la conception restrictive du décret-loi permet à Georges Maleville de ne pas vider de sens l'article 13 de la Constitution de 1946. Pour le rapporteur, cet article *« interdit le recours aux « décrets-lois » tels qu'ils furent pratiqués sous la IIIe République ».* (Tel est l'objet du titre 1er de la version de l'avis préparée par Maleville). Le rapporteur s'appuie sur deux éléments pour justifier cette interdiction. D'une part, *l'intention* des constituants inviterait à cette interprétation ; d'autre part, la Constitution du 27 octobre 1946 plus *« formaliste et détaillée »*[227] que les trois lois constitutionnelles de 1875 interdirait – selon la version initiale de l'avis – au législateur *« [d']imprimer la force législative à des décrets ou [de] convertir des décrets en lois par la voie d'une ratification, ou l'expiration d'un simple délai, ou tout autre moyen juridique ».* Pour le rapporteur, il est donc exact que la Constitution interdit la pratique des décrets-lois, ainsi entendus ;

- enfin, cette définition restrictive du décret-loi permet à Georges Maleville de subsumer *a contrario* les décrets fondés sur la loi 17 août 1948 sous le pouvoir réglementaire ordinaire de l'Exécutif, tout en abandonnant la fiction des matières réglementaires « par nature ». (Tel est l'objet du titre 2nd de la version de l'avis préparée par Maleville). Le rapporteur considère les « décrets du 17 août » comme de *simples extensions du pouvoir réglementaire.* Ici,

[226] En particulier dans son important article de 1954 paru aux *Études et Documents du Conseil d'Etat.* Les termes employés dans son étude rappellent ceux employés dans la première mouture, rédigée par ses soins, de l'avis du 6 février 1953. v. MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.57-60

[227] *Cf.* Annexe n°17

Maleville réceptionne l'héritage de la pensée républicaine élaborée depuis la Première guerre mondiale, étudiée ci-dessus (*cf. supra,* §1) :

> « considérant que le législateur peut, en principe, déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire ; qu'il peut, à cette fin, décider que certaines matières relevant de la compétence du pouvoir législatif entreront dans la compétence du pouvoir réglementaire ; que les décrets pris en ces matières peuvent modifier, abroger ou remplacer des dispositions législatives ; qu'ils pourront être eux-mêmes modifiés par d'autres décrets jusqu'à ce que le législateur, statuant à nouveau sur les matières en question, exclue implicitement ou explicitement la compétence du pouvoir réglementaire ; que lesdits décrets ne pourront, en aucun cas, être convertis en lois (…) ».

Ce passage de la version initiale de l'avis – largement retenu dans la version définitive – est une réception presque parfaite de l'héritage doctrinal élaboré sous la IIIe République ; il est fondé sur l'idée de la *variabilité* des domaines législatifs et réglementaires par l'effet des habilitations (flux) et évocations (reflux) législatives sur des matières déterminées. Dans le champ de l'habilitation, le législateur parlementaire réalise une simple extension (ou restitution) du pouvoir réglementaire ordinaire. Tous ces éléments révèlent que, du point de vue du rapporteur Georges Maleville, l'avis du 6 février 1953 est entièrement pensé comme une validation du dispositif de la loi du 17 août 1948.

689. La mouture définitive de l'avis[228] : une version plus prudente et plus cohérente. La distinction proposée par Georges Maleville entre l'interdiction des décrets-lois, d'une part, et l'admission des extensions du pouvoir réglementaire, d'autre part, (qui structurait, en deux titres, la version initiale de l'avis) est abandonnée par la Commission spéciale du Conseil d'Etat, au profit d'une position plus prudente et plus cohérente.

690. Outre le fait qu'elle reposait sur une conception restrictive – et rarement admise en doctrine – du décret-loi, la proposition du rapporteur Maleville s'avérait non seulement sibylline mais surtout en complète contradiction avec les solutions antérieures. En effet, tout l'effort de la doctrine et de la jurisprudence depuis la Première guerre mondiale avait été d'assimiler les décrets-lois à de simples manifestations *extensives* du pouvoir réglementaire ordinaire. (*cf. supra,* n°643 s.) L'hypothèse d'une *destinée législative formelle* est classiquement indifférente à la qualification de « décret-loi », en témoigne la neutralisation de la clause de ratification opérée, en doctrine et en jurisprudence, sous la IIIe République (*cf. supra,* n°660). Surtout, une telle conception résistait mal à l'analyse rationnelle car – comme n'a pas manqué de le remarquer René Capitant – elle revenait *« à définir la nature juridique*

[228] Reproduite en Annexe n°18

d'un acte par un acte ultérieur »[229]. La conception restrictive du « décret-loi » proposée par Georges Maleville était enfin *incohérente* ; elle aboutissait au résultat paradoxal d'admettre la constitutionnalité d'une habilitation permanente et sans clause de ratification (telle qu'elle figure dans loi du 17 août 1948), en condamnant en revanche les habilitations temporaires et soumises à une telle clause.

691. Ces considérations conduisent le Conseil d'Etat à abandonner la distinction proposée par son rapporteur. La Commission spéciale retient une solution à la fois plus conforme à la tradition et moins engageante pour l'avenir. Sont écartées toutes les mentions du terme « décrets-lois », ainsi que toute référence à leur définition, et à leur potentielle interdiction ; l'intégralité du titre 1er proposé par Georges Maleville est supprimé. Les références trop précises aux travaux constituants (et à l'intention des rédacteurs de l'article 13) sont abandonnées, ainsi que les développements consacrés à la ratification. Pour autant, le Conseil d'Etat n'entend pas priver l'article 13 de tout effet utile ; dans la version définitive de l'avis, l'article est interprété comme interdisant, non les décrets-lois en tant que tels, mais uniquement *« les décrets pris en vertu des lois de pleins-pouvoirs telles qu'elles furent votées sous la IIIe République »*[230]. (on souligne) Autrement dit, le Conseil d'Etat interprète la Constitution comme fixant, non une interdiction générale et absolue des décrets-lois, mais seulement une limitation de leur champ d'application. En un mot, l'article 13 n'interdit pas *l'existence* des décrets-lois, mais limite leur *étendue*. Le Conseil d'Etat retient des considérations, non de nature, mais de degrés. Les deux derniers alinéas de l'avis du 6 février 1953 traduisent cette interprétation. (*cf. infra*, n°709 s., 715 s.). Le Parlement demeure libre d'habiliter l'Exécutif à légiférer par décrets-lois, à condition que ses habilitations ne s'apparentent pas à des lois de « pleins-pouvoirs » ; c'est-à-dire à condition d'exclure de leur champ certaines *matières réservées à la loi* (alinéa 4), et de ne pas manifester, par la *généralité et l'imprécision* de leurs termes, un abandon de l'exercice de la souveraineté parlementaire (alinéa 5). L'article 13 garde donc un intérêt pratique, mais – sous ces deux conditions – n'empêche pas l'Assemblée nationale d'autoriser le Gouvernement à modifier la législation formelle en vigueur par décrets (ratifiables ou non). La position définitive du Conseil d'Etat est donc plus prudente que celle de Georges Maleville ; elle écarte toute définition des « décrets-lois », et refuse de les interdire par principe. Elle laisse donc ouverte – pour l'avenir – toutes possibilités d'habilitations que les circonstances pourraient exiger.

---

[229] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.276
[230] *Cf.* Annexe n°18

692. La position du Conseil d'Etat est également plus cohérente. Sa position est en parfaite conformité avec la pensée républicaine et la jurisprudence antérieures qui, depuis la fin de la Première guerre mondiale, s'évertuent à considérer les décrets-lois comme des simples manifestations « extensives » du pouvoir réglementaire normal. (*cf. supra*, n°648 s.). En considérant que le législateur peut *« souverainement »* (ce sont les termes de l'avis) déterminer la compétence du pouvoir réglementaire, décider du transfert de certaines matières à l'exercice du pouvoir réglementaire et autoriser l'Exécutif à abroger, modifier ou remplacer des dispositions législatives en vigueur sur ces matières, le Conseil d'Etat réceptionne le plus fidèlement possible la pensée développée par Carré de Malberg et la majorité de la doctrine de l'entre-deux-guerres (*cf. supra,* §1). L'avis du 6 février 1953 reconnaît – pour la première fois aussi explicitement – l'idée selon laquelle le Parlement est le maître, non du fondement, mais du *champ* d'exercice du pouvoir réglementaire. Autrement dit, qu'il demeure le « grand régulateur » des compétences de l'Exécutif, quitte à l'autoriser à abroger les lois formelles. Comme Carré de Malberg, le Conseil d'Etat n'impose aucune condition de ratification aux décrets pris sur habilitation législative, considérés comme parfaitement valides dès leur édiction. L'avis du 6 février 1953 opère donc une véritable captation de la pensée républicaine élaborée, depuis les années 1920, sur les décrets-lois. En les assimilant à des manifestations ordinaires du pouvoir réglementaire, il en valide par principe la constitutionnalité pour le passé et pour l'avenir.

693. L'avis du 6 février 1953 n'est donc pas une *« curiosité intellectuelle »*[231] de l'histoire constitutionnelle française, comme l'avait bien pressenti Michel Verpeaux. Conjoncturellement employé à valider le dispositif de la loi du 17 août 1948, il s'inscrit structurellement dans le mouvement de constitutionnalisation des décrets-lois, dont il capte l'héritage. Le Parlement exprime sa volonté maîtresse lorsqu'il autorise l'Exécutif à modifier la législation formelle en vigueur. Telle est en substance l'idée de l'avis du 6 février 1953, déjà formulée par Carré de Malberg conformément aux principes de 1875. A court terme, il apporte une caution institutionnelle à la pratique des décrets-lois sous la IVe République.

[231] VERPEAUX, M., « Préface » *in :* STECK, O., *op. cit.,* p.VI

2) La portée de l'avis : la légitimation institutionnelle des décrets-lois

694. Immédiatement rendu public par le Gouvernement à raison de son *« haut intérêt doctrinal »*[232], l'avis du 6 février 1953 a fait l'objet d'une abondante littérature (a). Mais la portée de l'avis est avant tout gouvernementale, et l'Exécutif ne s'y trompe pas. D'un point de vue pratique, l'avis du 6 février 1953 confère à la pratique des décrets-lois la légitimité institutionnelle (quasi juridictionnelle) qui lui manquait (b).

a) Une réception doctrinale attendue

695. La parution de l'avis du 6 février 1953 accompagne – voire encourage – le mouvement de « revirement doctrinal » précédemment étudié (*cf. supra,* n°674 et s.). Pour autant, les réactions ne sont guère étonnantes. Sans surprise, les professeurs les plus fidèles à la pensée de Carré de Malberg reconnaissent immédiatement les qualités de l'avis. René Capitant est particulièrement dithyrambique. Il considère l'avis *« remarquablement rédigé »*[233] et constate qu'il donne de l'article 13 une *« interprétation assez conforme aux principes de notre droit constitutionnel »*[234]. D'ailleurs, Capitant ne s'y trompe pas lorsqu'il considère que l'avis du 6 février 1953 est *« implicitement, mais très nettement »*[235] inspiré des théories du maître de Strasbourg. A l'inverse, René Chapus – élève et disciple de Marcel Waline (dont on rappelle qu'il condamne les décrets-lois depuis l'entre-deux-guerres) – critique vertement la position du Conseil d'Etat. S'il accepte la thèse de la détermination souveraine du domaine réglementaire par le législateur, Chapus refuse l'idée qu'un décret puisse abroger une loi ; il n'y a, entre les deux opérations, aucun lien causal et rien, dans l'avis, ne permet d'expliquer l'atteinte ainsi portée à la hiérarchie des normes. L'auteur dénonce donc le *« paralogisme qui entache le raisonnement du Conseil d'Etat »*[236] dont les conséquences reviennent à admettre la constitutionnalité des décrets-lois, apparemment considérés comme prohibés par l'alinéa précédent de l'avis.

696. Ces deux positions révèlent, qu'en vérité, l'avis du Conseil d'Etat ne modifie pas réellement les perceptions doctrinales sur la constitutionnalité des décrets-lois. Aux yeux des disciples de Carré de Malberg, il est un indice supplémentaire (et non la cause[237]) de la

---

[232] *RDP,* 1953, p.170.
[233] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.234
[234] *ibid.,* p.233
[235] *ibid.,* p.235
[236] CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.991
[237] v. la position de Capitant soutenue dès 1952, (*Principes du droit public, op. cit.,* 1952-1953, p.216)

régularité constitutionnelle du procédé. Aux yeux des autres, il demeure une simple violation de la Constitution. En vérité, l'intérêt de l'avis du 6 février 1953 n'est pas tant « doctrinal », que gouvernemental.

b) Une opportune réception politique

697. Par son avis du 6 février 1953, le Conseil d'Etat procède à l'interprétation conforme des décrets-lois à l'article 13 de la Constitution de 1946. Pour l'Exécutif, l'intérêt est énorme ; d'une part, – c'était son but initial – l'avis permet de valider la constitutionnalité de la loi du 17 août 1948, d'autre part, il constitue une *« absolution préventive »*[238] pour les éventuelles futures lois d'habilitation. En décidant la publication immédiate de l'avis (dans la presse quotidienne nationale), le Gouvernement ne s'y trompe pas ; il s'agit d'une véritable caution institutionnelle, quasi juridictionnelle (le Conseil d'Etat est aussi le « gardien de la légalité »), de la pratique des décrets-lois. L'interprétation conforme opérée par le Conseil d'Etat, le 6 février 1953, – sous la présidence de René Cassin – confère désormais au procédé la légitimité légale-rationnelle qui lui manquait depuis 1946.

698. Dès sa publication, l'avis est brandi par le Gouvernement comme un brevet de constitutionnalité. Au cours de la crise ministérielle du printemps 1953 (la plus longue de la IVe République), l'avis du 6 février 1953 est mobilisé par les candidats à la présidence du conseil, dans leurs discours d'investiture, pour obtenir de l'Assemblée nationale le vote d'une loi de « pouvoirs spéciaux » (néologisme inventé à l'occasion, en lieu et place du terme « pleins pouvoirs », désormais condamné par le Conseil d'Etat). Le 3 juin 1953, Pierre Mendès France est le premier à emprunter cette voie ; loin de dissimuler le recours aux décrets-lois, il l'assume. L'avis du Conseil d'Etat lui permet de *s'appuyer* sur la Constitution pour solliciter le pouvoir de légiférer par décret ; désormais la Constitution n'est plus un obstacle, elle devient le cadre d'exercice, sinon le fondement, des décrets-lois. Ses propos ne laissent aucun doute sur ce point :

> « Ces mesures, je vous demande l'autorisation de les réaliser par décrets. (…) Les dispositions qui vous seront soumises ne dérogeront pas aux prescriptions fondamentales de la Constitution. Le Parlement est et demeure le juge souverain de la politique du Gouvernement et des mesures qui permettent de la réaliser. Le Conseil d'État, dans son avis du 6 février 1953, a estimé que, si la Constitution interdit à l'Assemblée nationale « d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale », elle n'empêche pas le Parlement d'autoriser ou d'inviter le Gouvernement à prendre des mesures pour modifier ou compléter les dispositions

[238] BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957, op. cit.,* p.554

législatives en vigueur pourvu que soient fixés le champ d'application, l'objectif et le cadre des décrets à intervenir. (…) » (on souligne) [239]

Quelques semaines plus tard, André Marie mobilise à son tour l'avis du 6 février 1953 au soutien de sa demande de « pouvoirs spéciaux » [240]. Nommé président du conseil, Joseph Laniel intègre, quant à lui, dans son projet de loi de redressement économique et financier – qui deviendra loi du 11 juillet 1953 – un alinéa directement emprunté à l'avis du 6 février 1953[241]. En 1958, l'Assemblée nationale s'en inspire pour limiter les pleins-pouvoirs que sollicite le général de Gaulle le 1er juin 1958[242]. Quant à l'opposition, elle brandit l'avis du Conseil d'État comme un rappel à la Constitution lorsqu'il s'agit de limiter des entreprises gouvernementales jugées trop ambitieuses[243]. Loin de limiter les décrets-lois, l'avis du 6 février 1953 en a plutôt légitimé l'exercice. L'avis apparaît progressivement comme un *standard* constitutionnel, pour l'octroi et l'usage des pouvoirs spéciaux sous la IVe République (*cf. infra,* n°702 s.), dont la Ve République reçoit l'héritage.

699. La doctrine et le Conseil d'Etat sont donc les principaux artisans de la légitimation légale-rationnelle des décrets-lois dans la République parlementaire. En construisant une fiction du caractère administratif du décret-loi, ils en proposent une interprétation conforme aux principes constitutionnels de 1875, et même de 1946. Sous la IVe République, ces considérations permettent de neutraliser l'article 13 de la Constitution. Loin d'innover, l'avis du 6 février 1953 ne fait que transposer en droit positif la solution communément admise depuis l'entre-deux-guerres.

---

[239] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 2909 – séance du 3 juin 1953.

[240] *« Il n'est pas dans mes intentions de demander au Parlement des pouvoirs autres que ceux qu'il a déjà accordés au Gouvernement en diverses occasions, dans le respect des dispositions de l'article 13 de la Constitution, ainsi que l'a estimé le Conseil d'État dans son avis du 6 février 1953 »* (J.O.D.P., Assemblée nationale, page 3073 – séance du 18 juin 1953) (on souligne)

[241] Loi n°53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier (J.O.R.F. du 11 juillet, p.6143), Article 7, III

[242] v. le Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel, des lois constitutionnelles, du règlement et des pétitions sur le projet de loi (n°7232) relatif aux pleins pouvoirs, par M. Verdier (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 2 juin 1958, annexe n°7234, p.1829)

[243] v. les propos de Francis Leenhardt (SFIO) en mai 1958 : *« ce qui me paraît le plus inquiétant dans le projet gouvernemental est la partie qui concerne la délégation du pouvoir législatif. Actuellement, nous vivons dans le cadre d'une jurisprudence créée par l'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953, avis extrêmement sage, d'après lequel il n'y a pas délégation du pouvoir législatif dans tous ces pouvoirs spéciaux que nous accordons depuis plusieurs années à chaque gouvernement. (…) Mais dans cet avis du Conseil d'Etat, que nous avons tous intérêt à relire, il est bien précisé qu'il est des matières dans lesquelles la délégation ne serait pas normale. (…) Le texte gouvernemental rompt avec la tradition républicaine et avec la jurisprudence créée par le Conseil d'Etat (…) ».* (J.O.D.P., Assemblée nationale, page 2530 – séance du 27 mai 1958) (on souligne)

700. Conclusion de la section. A la faveur de l'habilitation parlementaire, la doctrine et la jurisprudence ont pu maintenir la fiction du caractère *administratif* du décret-loi, nécessaire à la constitutionnalité du procédé sous l'empire des principes républicains de 1875 et 1946. La loi d'habilitation est construite comme un acte conditionnant l'exercice du pouvoir réglementaire en certaines matières, et abrogeant – le cas échéant – d'elle-même et par avance toute disposition législative contraire dans le champ d'application ainsi ouvert à l'Exécutif. Ce faisant, le décret-loi demeure un acte *secundum* et *infra legem*, « exécutant » sa loi d'habilitation. Ces montages doctrinaux et jurisprudentiels dissimulent[244] la véritable nature du décret-loi. En masquant son caractère législatif, ils permettent de sauvegarder l'idéal de la spécialisation fonctionnelle et de la souveraineté parlementaire. Lorsqu'il habilite l'Exécutif à légiférer en ses lieu et place, le Parlement est présenté, non comme abandonnant, mais comme exprimant sa volonté maîtresse. L'administrativisation des décrets-lois est donc une entreprise de légitimation du procédé dans la République parlementaire. A ce nécessaire conditionnement législatif des décrets-lois se superpose bientôt l'idée d'un nécessaire conditionnement constitutionnel des lois d'habilitation elles-mêmes. L'émancipation du pouvoir réglementaire supposait, en effet, de rationaliser au niveau formellement constitutionnel l'exercice de la législation gouvernementale sur habilitation.

SECTION 2 :
LA LOI D'HABILITATION, ACTE CONDITIONNE

701. L'émancipation du pouvoir réglementaire accompagne, en France, la progression de l'idée de la supériorité constitutionnelle[245]. Dès l'entre-deux-guerres, on perçoit les inconvénients de la toute-puissance du Parlement dans la détermination des compétences de l'Exécutif. Laissée à la discrétion des Chambres, la définition des conditions d'exercice de la législation par décrets-lois représente progressivement un obstacle à l'efficacité gouvernementale. Surtout, les facultés illimitées d'habilitation du Parlement sont une menace pour l'exercice de la souveraineté nationale (donc pour l'idée républicaine elle-même), car elles pourraient aboutir à transférer à l'Exécutif des pouvoirs quasi inconditionnés ; l'expérience du 10 juillet 1940 est rétrospectivement perçue comme illustrant cette hypothèse. Émerge ainsi l'idée, entre 1914 et 1958, que l'acceptabilité du recours aux décrets-lois

[244] On retrouve ici la « dissimulation », caractéristique – pour Harvey Mansfield – des activités de l'Exécutif moderne (*Le prince apprivoisé, op. cit.,* p.46). En France, la fiction de la subordination du décret-loi à la loi est un masque censé préserver l'intégrité des idéaux républicains et rendre acceptable l'exercice des pleins pouvoirs.
[245] A l'origine d'ailleurs, en 1958, on ne pense le Conseil constitutionnel que comme un protecteur du domaine réglementaire (*cf. infra,* n°1094 s.). v. aussi, BAUMERT, R., *op. cit.,* p.537 et s.

suppose d'encadrer – c'est-à-dire de conditionner – les facultés d'habilitation du Parlement, sur le fondement de la Constitution (§1). L'absence de justice constitutionnelle effective limite la sanction de cet encadrement constitutionnel (§2).

§1. L'encadrement constitutionnel de l'habilitation

702. Aujourd'hui formalisées à l'article 38 de la Constitution, les conditions posées à l'exercice de la législation gouvernementale par ordonnances (ou décrets-lois) procèdent de considérations anciennes. Elles sont imaginées, entre 1914 et 1958, et participent des *« compromis politiques »*[246] qui rendent progressivement acceptables le recours aux « décrets-lois » dans le constitutionnalisme républicain de 1875 et de 1946. Sous la triple influence des parlementaires, de la doctrine et du Conseil d'Etat, on assiste à l'élaboration d'un véritable cadre d'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois – un *standard* – qui touche tant le champ[247] de l'habilitation (A) que la procédure d'élaboration des décrets-lois (B). L'article 38 de l'actuelle Constitution, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ne font que réceptionner cet héritage.

A- L'ENCADREMENT DU CHAMP DE L'HABILITATION

703. La détermination progressive d'un cadre à l'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois nécessitait, en premier lieu, d'encadrer le *champ* des lois d'habilitation, c'est-à-dire de limiter les normes qu'elles offraient à l'Exécutif la possibilité de produire par décret[248]. Entre 1914 et 1958, cet encadrement procède de considérations libérales. Préserver l'exercice parlementaire de la souveraineté nationale impose progressivement de spécialiser les habilitations législatives (1) et d'exclure de leur champ certaines matières considérées comme réservées au législateur parlementaire (2).

1) La spécialité des habilitations

704. Aujourd'hui exigée par le Conseil constitutionnel[249], la condition de spécialité (ou de précision) des lois d'habilitation apparaît, dès l'entre-deux-guerres, indispensable à la

[246] HENNING, J., « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *art. cit.,* p.1196
[247] v., déjà, sur cette question, MAULIN, E., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg, op. cit.,* p.323-333
[248] v. TUSSEAU, G., « La législation déléguée », *art. cit.,* p.627
[249] Cons. const., décision n°76-72 DC du 12 janvier 1977, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français*

conservation de la souveraineté nationale (a). Elle implique *a minima* la détermination de la durée, de l'objet ou des finalités de l'habilitation (b).

a) Les raisons de la spécialité : conserver la souveraineté nationale

705. Dans l'idéal républicain, garantir la souveraineté nationale suppose d'en confier l'exercice à la représentation parlementaire[250]. De sorte que le Parlement – comme le formule Carré de Malberg – *« finit par ne faire qu'un avec le souverain »*[251]. Sous la troisième République, et plus encore après l'expérience traumatisante du 10 juillet 1940, ces considérations sont progressivement perçues comme imposant une condition de *spécialité* aux habilitations conférées, par le Parlement, à l'Exécutif. Cette idée est admise par la majorité de la doctrine[252] et exprimée en ces termes, par le maître de Strasbourg, en 1933 :

> « Cette règle de la spécialité des habilitations découle des raisons mêmes qui ont amené la Constitution à poser en principe que l'action des autorités administratives ne peut consister qu'en exécution des lois. Il est manifeste, en effet, que des habilitations données de façon illimitée équivaudraient, de la part du Parlement, à une abdication de son privilège de représentation exclusive et souveraine, puisqu'elles auraient pour conséquence d'émanciper l'autorité administrative de la subordination à la volonté parlementaire ; de plus, en conférant à cette autorité une puissance de volonté inconditionnée, le Parlement lui transmettrait le pouvoir législatif lui-même avec ses forces d'initiative libre et spontanée. »[253] (on souligne)

La condition de spécialité des habilitations procède donc d'arguments semblables à ceux qui justifient l'indisponibilité des compétences (*cf. supra,* n°627 s.). Conférer à l'Exécutif une habilitation absolument générale (matériellement et temporellement illimitée) équivaudrait à renouer avec la thèse de la « délégation législative ». *De facto,* en effet, cette hypothèse reviendrait à aliéner – c'est-à-dire à transférer – vers l'Exécutif, non le *pouvoir* législatif, mais la régulation de *l'ensemble des matières* susceptibles de législation. Elle aboutirait donc à ôter

---

des Afars et des Issas, cons. 3 et 4 ; Cons. const., décision n°86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social,* cons. 21 ; Cons. const., décision n°2016-745 DC du 26 janvier 2017, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté*, cons. 12 à 14.

[250] v., NICOLET, C., *L'idée républicaine en France (1789-1924), op. cit.,* p.409, et p.411-415

[251] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.26

[252] ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.,* p.554 ; DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.334-338 ; JEZE, G. *Les principes généraux du droit administratif. Tome 2, op. cit.,* 3e éd., p.128 s. ; GOUET, Y., *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, op. cit.,* p.102 et p.107 ; PICHAT, A., *Les décrets en matière législative, op. cit.,* p.173 ; RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875, op. cit.,* p.216 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.227-229

[253] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* p.48 ; v. encore, CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-7

au Parlement sa *« raison d'être »*[254]. Cette configuration s'avérerait évidemment contraire à la loi constitutionnelle du 25 février 1875 dont l'article 1er, en prévoyant que le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, veut et consacre l'existence d'un pouvoir législatif, distinct du pouvoir réglementaire. Surtout, elle manifesterait l'abandon par les Chambres de leur monopole dans l'exercice de la souveraineté nationale. Car, l'absence de limites (temporelles et matérielles) aux facultés de législation gouvernementale reviendrait à laisser l'Exécutif maître d'exprimer la volonté générale. Ainsi, la spécialité des habilitations est historiquement pensée – dans une perspective libérale – comme un principe de sauvegarde de la prérogative du Parlement de « vouloir pour la nation ».

706. La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 est rétrospectivement perçue comme ayant réalisé cet abandon de souveraineté au profit du Maréchal Pétain (*cf. supra,* n°243 s.). La condition de spécialité des habilitations s'impose donc – sous la IVe République – avec une acuité particulière. Elle est formellement exigée par le Conseil d'Etat à l'alinéa 5 de son avis du 6 février 1953 :

> « en vertu de l'article 3 de la Constitution [de 1946], la souveraineté nationale appartient au peuple français qui « l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, en toutes autres matières que les matières constitutionnelles » ; que l'extension de la compétence du pouvoir réglementaire serait contraire à l'article 3 si, par sa généralité et son imprécision, elle manifestait la volonté de l'Assemblée nationale d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale ».

Là encore, il s'agit d'une transposition à peu près exacte de la pensée de Raymond Carré de Malberg, suivi par la majorité de la doctrine publiciste depuis la Première guerre mondiale. Force est de constater, qu'à partir de 1953, on ne parle plus de lois de *« pleins* pouvoirs », mais de lois de « pouvoirs *spéciaux* », pour qualifier les lois d'habilitation à légiférer par décrets-lois. Ce transfert sémantique manifeste la prise en compte progressive de la *spécialité* dans la détermination du champ ouvert à l'Exécutif. *De facto*, les lois d'habilitation votées sous la IVe République sont plus précises et plus détaillées que celles votées pendant l'entre-deux-guerres[255]. Jusqu'en 1958, le critère de la spécialité demeure néanmoins encore incertain.

---

[254] GOUET, Y., *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois, op. cit.,* p.102 et p.107

[255] Y compris la loi n°58-520 « relative aux pleins-pouvoirs » du 3 juin 1958, assorties d'une réelle réserve de loi, contraignante pour le Gouvernement. En témoignent les échanges devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à l'occasion de projets d'ordonnances en matière fiscale (*cf. infra,* n°1136). Pour un exemple de loi d'habilitation particulièrement détaillée, v. la loi n°53-611 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier (article 7).

b) Le critère de la spécialité : durée, objet, finalité

707. L'article 38 de l'actuelle Constitution, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, réceptionne la condition de spécialité des habilitations progressivement exigée sous les IIIe et IVe Républiques. La compétence de l'Exécutif à légiférer par ordonnance est enserrée dans un « délai limité » (art. 38, alinéa 1er), déterminé par la loi d'habilitation, dont le champ doit par ailleurs fixer la *finalité* et le *domaine d'intervention* des mesures à édicter[256]. Avant 1958, le critère de la spécialité n'est pas aussi clairement formulé. Mais ses éléments constitutifs sont déjà perceptibles. En 1935, à la veille de sa mort, Carré de Malberg synthétise peu ou prou l'essentiel des critères que retiendra plus tard le Conseil constitutionnel :

> « La nécessité de la spécialité des habilitations signifie donc que chacune d'elles devra fixer à l'Exécutif, ou bien telles matières déférées à sa compétence, ou bien telles circonstances particulières en vue desquelles il sera rendu capable de statuer sur des objets qui, par ailleurs, ne sont précisés que par un but à atteindre, ou à tout le moins, une durée de temps, strictement limitée, au cours de laquelle l'Exécutif sera armé de pouvoirs généraux et exceptionnels, lui permettant de statuer sur des objets indéfiniment variés. »[257] (on souligne)

Sous la plume du maître de Strasbourg, les trois conditions (de durée, d'objet et de but) sont encore présentées comme alternatives ; elles deviendront progressivement cumulatives. La condition temporelle (de durée) occupe – dans l'entre-deux-guerres – une place importante dans les débats parlementaires, et devient, selon les mots de Jérôme Henning, un véritable *« enjeu institutionnel »*[258] ; de 1924 à 1938, le délai d'habilitation se stabilise, *grosso modo*, autour de cinq mois[259]. Quoi qu'il en soit, cette condition temporelle est systématiquement exigée, jusqu'à la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 – pour la première fois silencieuse sur la question. Sous la IVe République, les lois d'habilitation renouent, pour la plupart, avec cette exigence de délai. La loi du 17 août 1948 constitue évidemment une exception notable, car la fiction des « matières réglementaires par nature » ne peut souffrir d'aucune limitation temporelle. A partir de 1953, se superpose progressivement à cette condition de délai (dont les durées sont extrêmement variables[260]), une condition personnelle : les pouvoirs spéciaux – qui

---

[256] v. les références citées à la note n°249

[257] CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-7

[258] HENNING, J., *art. cit.,* p.1201

[259] *ibid.*

[260] Les délais d'habilitation varient de moins de 2 mois (loi n°55-349 du 2 avril 1955 (art. unique, I) s'agissant des pouvoirs reconnus au Gouvernement Faure), à plus de 7 mois (loi n°54-809 du 14 août 1954 (art. unique) s'agissant des pouvoirs reconnus au Gouvernement Mendes France). Joseph Laniel est, quant à lui, habilité pour 2 mois et demi (loi n°53-611 du 11 juillet 1953 (art. 7, II). Dans les derniers mois de la IVe République, les délais d'habilitation semblent se stabiliser autour de 6 mois (v. loi n°57-716 du 26 juin 1957 portant

demeurent, le cas échéant, limités dans le temps – sont accordés *intuitu personae,* c'est-à-dire subordonnés à l'existence juridique du Gouvernement en fonction[261].

708. Les considérations relatives à la spécialité du champ matériel de l'habilitation se renforcent également progressivement, dès avant 1958. Dans l'entre-deux-guerres, elle occupe déjà le cœur des discussions parlementaires[262], et se traduit devant les Chambres par l'ajout de limites ou de précisions relatives aux pouvoirs octroyés. Ainsi par exemple, en juillet 1926, on refuse à Aristide Briand, et à son ministre Joseph Caillaux, un projet de « pleins pouvoirs » défini uniquement par son *but* (« réaliser le redressement financier et la stabilisation de la monnaie »[263]) ; quelques jours plus tard, Raymond Poincaré obtient ces pouvoirs à la faveur d'une habilitation définie, non par son but, mais par son *objet* (opérer des « suppressions ou fusions d'emplois, d'établissements ou de services »[264]). Cette formule – moins ambitieuse – passe pour acceptable devant la Commission des finances de la Chambre des députés[265] (*cf. supra,* n°180). Force est pourtant de constater, qu'à mesure que deviennent plus critiques les circonstances économiques et sociales, et bientôt diplomatiques et militaires, dans les années 1930, les lois d'habilitation perdent en spécialité. Leur champ n'est plus défini par *l'objet* des matières à réguler, ou des réformes à entreprendre (comme en 1918, 1924 ou 1926), mais par un *but* – c'est-à-dire une finalité – assigné au Gouvernement, lui-même défini de plus en plus largement. Ainsi, en 1935, Pierre Laval obtient les « pleins pouvoirs » pour « lutter contre la spéculation et défendre le franc »[266] ; moins de trois ans plus tard, en avril 1938, Edouard Daladier les obtient pour « faire face aux dépenses nécessitées par la défense nationale et redresser les finances et l'économie de la nation »[267]. En mars 1939, il est cette fois habilité – par un article unique d'une quarantaine de mots – à prendre

---

assainissement économique et financier (J.O.R.F. du 27 juin, p.6371), au profit de Maurice Bourgès-Maunoury) ; loi n°57-1263 du 13 décembre 1957 tendant au rétablissement de l'équilibre économique et financier (J.O.R.F. du 14 décembre, p.11346), au profit de Félix Gaillard ; loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins-pouvoirs, au profit de Charles de Gaulle.

[261] Loi n°53-611 du 11 juillet 1953 (art. 7, II) (Gouvernement Laniel) ; loi n°54-809 du 14 août 1954 (art. unique, 5°, al.8) (Gouvernement Mendes France) ; loi n°56-258 du 16 mars 1956 autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie un programme d'expansion économique, de progrès social et de réforme administrative (art. 6) (Gouvernement Mollet) ; loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins-pouvoirs (Gouvernement de Gaulle).

[262] HENNING, J., *art. cit.,* p.1196-1200. L'auteur écrit : *« La détermination stricte de leur objet* [nda : celui des lois d'habilitation] *constitue toujours une revendication de la part de plusieurs groupes parlementaires. »*, notamment des radicaux. (*ibid.,* p.1199)

[263] *Recueil Dalloz,* IVe partie, 1926, p.299

[264] Loi du 3 août 1926 portant ouverture de crédits supplémentaires, au titre du budget général de l'exercice 1926 (J.O.R.F. du 4 août, p.8766)

[265] v. HENNING, J., *art. cit.,* p.1199 et les références citées

[266] Loi du 8 juin 1935 (J.O.R.F. du 10 juin, p.6297).

[267] Loi du 13 avril 1938 tendant au redressement financier (J.O.R.F. du 14 avril, p.4426)

« les mesures nécessaires à la défense du pays »[268]. A la veille de la Seconde guerre mondiale, les lois d'habilitation ont incontestablement perdu en spécialité.

709. Sous la IVe République, cet affaiblissement progressif de l'encadrement du champ des habilitations apparaît rétrospectivement comme un cycle *« [d']abdications parlementaires »*[269]. Les anciennes lois de « pleins pouvoirs » passent pour des « blancs-seings » reconnus à l'Exécutif[270]. A partir de 1953, le recours aux décrets-lois est admis à condition de renouer avec la spécialité des habilitations, classiquement exigée. Tel est le sens de l'avis du 6 février 1953 qui interprète l'article 13 de la Constitution de 1946, non comme interdisant les décrets-lois, mais comme en limitant le champ d'application (*cf. supra,* n°691). Cette condition de spécialité est nettement assumée par Pierre Mendes France, en juin 1953, lorsqu'il sollicite – sans succès – pour la première fois de l'Assemblée nationale, le vote d'une loi de « pouvoirs spéciaux » :

> « Le projet qui vous sera présenté au début de la semaine prochaine se différencie nettement des décrets-lois qui furent votés dans le cadre de la Constitution de 1875. Il s'en distingue par son but et par les limitations qu'il fixe aux pouvoirs du Gouvernement.
>
> Les décrets d'avant-guerre tendaient à modifier la direction des affaires publiques sans restriction ni limite. Mon projet visera à permettre aux pouvoirs publics de surmonter des difficultés que chacun espère temporaires. (…) » (on souligne)[271]

De fait, les lois d'habilitation sous la IVe République sont infiniment plus précises et plus détaillées que celles de l'entre-deux-guerres. Dès avant l'avis du 6 février 1953, la loi du 17 août 1948 habilitait le Gouvernement à opérer le redressement économique et financier du pays en déterminant très précisément *l'objet* des matières ouvertes à la régulation de l'Exécutif – les fameuses « matières réglementaires par nature » précisément énumérées[272]. A partir de 1953, les lois d'habilitation sont substantiellement plus étoffées que celles qui ponctuaient l'entre-deux-guerres. Quantitativement, elles occupent plusieurs pages du *Journal*

---

[268] Loi du 19 mars 1939 tendant à accorder au Gouvernement des pouvoirs spéciaux (J.O.R.F. du 20 mars, p.3646).

[269] SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la Quatrième République, op. cit.,* 1955, p.24

[270] *ibid.,* p.21. Il s'agit là d'un jugement rétrospectif, déformé par l'expérience traumatisante du 10 juillet 1940. Jusqu'en septembre 1938 (accords de Munich), en effet, les lois d'habilitation (fussent-elles définies par un but à atteindre) ne sont pas perçues comme des « blancs-seings » par les parlementaires qui les accordent au Gouvernement. (v., les propos déjà cités de Paul Jacquier, le 27 juin 1934 (*cf. supra,* n°663, note n°153))

[271] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 2909 – séance du 3 juin 1953.

[272] On compte 11 alinéas.

officiel[273] – et sont rédigées sous la forme de plusieurs dizaines d'articles ou d'alinéas –, là où sous la IIIe République, elles n'occupent que quelques lignes du *Journal officiel,* et sont très brièvement rédigées, sous la forme d'articles et d'alinéas uniques[274]. Les lois d'habilitation des années 1950 sont donc en moyenne 9 fois plus longues que celles des années 1930. Qualitativement, sous la IVe République, les pouvoirs octroyés au Gouvernement sont définis par leur *objet* (les matières à réguler ou les réformes à réaliser), généralement assorti d'un *but* à réaliser (« le redressement économique et financier », « le progrès social », « le rétablissement de l'ordre et la sauvegarde du territoire en Algérie » etc.)[275] Bref, dans les années 1950, le Parlement ne se contente plus d'assigner une *fin* à réaliser, il détermine également les *moyens* que pourra (ou devra) employer le Gouvernement pour y parvenir. La rédaction de la loi du 14 août 1954, au profit de Pierre Mendes France, est topique de cette façon de procéder[276]. Seule la loi relative aux pleins-pouvoirs, du 3 juin 1958, constitue une exception à la règle ; elle fixe au Gouvernement de Gaulle un simple objectif (le « redressement de la nation ») mais demeure silencieuse sur les objets de l'habilitation, ou moyens à employer.

710. De ces développements, on peut conclure que – dès avant 1958 – les conditions de précision imposées par l'article 38 de l'actuelle Constitution, tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel, sont identifiées et déjà exigées comme indispensables à la constitutionnalité des lois d'habilitation et du recours aux décrets-lois. La pratique actuelle s'inscrit dans cet héritage sans innovation notable. A ces conditions d'encadrement *positif* du champ d'application des lois d'habilitation se superposent progressivement des conditions d'encadrement *négatif*. Cette question renvoie à l'émergence des « réserves de loi. »

---

[273] La loi n°53-611 du 11 juillet 1953 (Laniel) occupe 2,5 pages du *Journal officiel* ; la loi n°54-809 du 14 août 1954 (Mendes France) occupe 1,5 page ; la loi n°55-349 du 2 avril 1955 (Faure) occupe 1 page entière ; la loi n°56-258 du 16 mars 1956 (Mollet) occupe 1 page entière.

[274] La loi du 8 juin 1935 (J.O.R.F. du 10 juin, p.6297) (Laval) occupe un sixième de page du *Journal officiel* ; la loi du 30 juin 1947 (J.O.R.F. du 1er juillet, p.7418) (Chautemps) occupe un sixième de page ; la loi du 13 avril 1938 (J.O.R.F. du 14 avril, p.4426) (Daladier) occupe un sixième de page ; la loi du 19 mars 1939 (J.O.R.F. du 20 mars, p.3646) (Daladier) occupe un sixième de page.

[275] Le titre des lois d'habilitation est révélateur d'un *but* à réaliser, que l'on retrouve peu ou prou dans les formulations retenues dans le dispositif des lois. (v. par exemple, la loi n°56-258 du 16 mars 1956 « autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre en Algérie un programme d'expansion économique, de progrès social et de réforme administrative, et l'habilitant à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire ». On retrouve ces différents objectifs déclinés dans le dispositif de la loi). Mais ce *but* est toujours accompagné de *l'objet* des réformes à entreprendre ou des matières à réguler (v. par exemple, s'agissant de la même loi : *Le Gouvernement pourra (...) prendre en Algérie toutes dispositions relatives : 1° La poursuite de l'expansion économique au moyen de mesures appropriées concernant notamment les investissements, les travaux publics, l'équipe scolaire et sanitaire (...) »* (article 1er).

[276] Loi n°54-809 du 14 août 1954 (J.O.R.F. du 15 août, p.7868). Le premier alinéa de chaque paragraphe numéroté détermine le but à réaliser, les alinéas qui suivent en identifient les moyens.

2) L'exclusion des matières réservées à la loi

711. Initialement apparue dans le cadre de la monarchie limitée allemande pour répartir les compétences entre deux organes d'une égale légitimité (le Monarque et le Parlement), l'idée d'une *réserve de loi*[277] est réceptionnée en France, dans la première moitié du XXe siècle, pour s'opposer à l'extension illimitée du pouvoir réglementaire de l'Exécutif (par RAP ou décrets-lois) par le jeu du principe d'habilitation. Un chapitre entier est ultérieurement consacré à ces considérations. On y renvoie largement. (*cf. infra*, n°886 s.). Pensée en Allemagne comme un instrument de *coordination* (c'est-à-dire de partage et de protection) des domaines de législation entre l'Exécutif et le Parlement, la « réserve de loi » apparaît donc, dans la République parlementaire française de 1875 et 1946, comme un instrument *d'inhibition* excluant l'exercice de la législation gouvernementale dans les matières considérées comme *réservées* à la législation parlementaire. De ce point de vue, l'article 38 de l'actuelle Constitution opère un complet renversement de perspective[278] (*cf. infra,* n°939 s.). Portée par une partie de la doctrine (a), l'idée qu'il existe des matières exclues du champ ouvert aux décrets-lois trouve une consécration en droit positif sous la IVe République (b).

a) Une idée controversée en doctrine

712. On doit, paradoxalement, à la doctrine républicaine du début du XXe siècle la réintroduction du critère matériel dans la définition des rapports entre la loi et le règlement. L'idée qu'il existe des matières réservées au Parlement est avancée pour endiguer l'expansion illimitée du pouvoir réglementaire (particulièrement le renvoi au RAP en matières pénale et fiscale), tout en asseyant l'idéal libéral et individualiste de la loi parlementaire. (*cf. infra,* n°903 s.). Henry Berthélemy et Adhémar Esmein sont les hérauts de cette façon de penser ; ils n'envisagent pas que les règlements (en particulier, les RAP) puissent intervenir en toutes matières, sous couvert (ou sous prétexte) d'une habilitation législative[279]. Il y aurait là une

[277] C'est-à-dire de matières réservées à la régulation du législateur parlementaire. Sur ce concept, v. TREMEAU, J., *La réserve de loi,* 1997, Aix-en-Provence : PUAM-Economica, coll. Droit public positif, 414 pages

[278] Sous la Ve République, la loi d'habilitation permet – par définition – au Gouvernement d'intervenir dans le champ des matières réservées à la loi par l'article 34. Dans l'actuelle Constitution, en effet, le principe d'habilitation se combine nécessairement avec le principe de la coordination des domaines. La loi d'habilitation permet d'ouvrir le champ d'application du pouvoir réglementaire à des matières qu'il ne détient pas, par principe, sur le fondement de l'article 37 de la Constitution. Ce faisant, la Constitution de 1958 renoue davantage avec le modèle de la monarchie limitée du type allemand de la fin du XIXe siècle (*cf. infra,* n°947 s.).

[279] v., BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *art. cit.,* ; BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.91 ; BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 13e éd., *op. cit.,* 13ème éd., p.122-123 ; BERTHELEMY, H., « Défense

véritable inconstitutionnalité. Cette idée est progressivement – et sans surprise – transposée aux décrets-lois après la Première guerre mondiale. La thèse est notamment portée par Léon Duguit – et ses disciples de l'Ecole de Bordeaux – à la faveur de la valeur coutumière, et socialement contraignante, qu'ils confèrent à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789[280], laquelle réserve de nombreuses matières à la régulation exclusive de la loi parlementaire. Ainsi, Louis Rolland, commentant le projet de loi d'habilitation du ministère Poincaré de 1924, écrit :

> « (…) sans hésitation aucune, nous croyons qu'il y a une véritable coutume constitutionnelle réservant au Parlement le soin de réglementer l'exercice des libertés, de statuer sur le régime de la propriété, sur l'état des personnes, de fixer, dans leurs grandes lignes, l'organisation judiciaire, administrative, financière, au moins dans la métropole. »[281]
>
> « Devant ces règles, le Parlement doit s'arrêter. S'il les viole, la loi qu'il élabore est en somme inconstitutionnelle, au même degré que celle qui violerait une disposition écrite de l'une quelconque de nos trois lois de 1875. (…) »[282]

Dans l'entre-deux-guerres, la « réserve de loi » est donc perçue comme une limitation des facultés d'habilitation du Parlement. Elle s'accompagne, logiquement, d'une réflexion sur la justice constitutionnelle, et sur les sources du contrôle de constitutionnalité ; elle participe du mouvement de renouveau du droit constitutionnel non écrit (*cf. supra,* n°568 s.)[283].

713. Pour ces raisons, la doctrine positiviste refuse toute espèce de « réserve de loi » opposable au Parlement. Dans l'entre-deux-guerres, Raymond Carré de Malberg est le meilleur représentant de cette façon de penser. *« La vérité est qu'actuellement, la Constitution étant à peu près muette sur les matières réservées à la compétence législative du Parlement, celui-ci a liberté pleine et entière, ou peu s'en faut, pour déférer au chef de l'Exécutif, toute espèce de compétences réglementaires »*[284]. Ainsi, les facultés d'habilitation du Parlement demeurent *« illimitées »*[285], ce que confirme – quoi qu'il en soit – l'arasement des différences

---

de quelques vieux principes. La loi et le règlement », *in : Mélanges Maurice Hauriou,* Paris : Sirey, 1929, 832 pages, spéc. p.821-825 ; ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.,* 5e éd., p.621

[280] DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.327 ; v. aussi DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.722-724 et p.747 s. ; ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.* ; ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.* ; PINTO, R., « La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.527 ; LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.195

[281] ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.50

[282] *ibid.,* p.49-50

[283] Car force est de constater que les trois lois constitutionnelles de 1875 demeurent largement silencieuses sur l'existence des telles matières réservées à la loi parlementaire.

[284] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* p.602

[285] CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* p.89

entre pouvoir constituant et pouvoir législatif sous l'empire de la Constitution de 1875[286]. Sous la IVe République, cette position est plus difficilement défendable. On compte, en effet, dans la Constitution du 27 octobre 1946, pas moins d'une vingtaine d'articles réservant certaines matières à la loi, plus encore si on y inclut les dispositions du préambule. Surtout, l'existence du Comité constitutionnel, et la procédure complexe de révision de la Constitution témoignent d'une volonté – sans doute malfaçonnée – d'assurer la supériorité constitutionnelle. On ne peut plus guère soutenir la thèse des facultés d'habilitation « illimitées » du Parlement, qui d'ailleurs rappelle trop l'expérience traumatisante du 10 juillet 1940[287]. Progressivement donc, le droit positif consacre l'existence d'une « réserve de loi », opposable au législateur parlementaire lui-même.

b) Une consécration progressive en droit positif

714. Sous les IIIe et IVe Républiques, la légitimité du recours aux décrets-lois impose progressivement d'exclure du champ des lois d'habilitation les matières considérées comme « réservées » à la loi parlementaire. Dès décembre 1916, la question est au cœur du refus des pleins-pouvoirs au ministère d'Aristide Briand ; la Chambre des députés s'oppose violemment à l'idée que l'Exécutif puisse assortir la méconnaissance de ses décrets-lois de sanctions *pénales*[288], comme le prévoyait le projet de loi. En 1918, Clemenceau obtient ces pleins-pouvoirs en matière de ravitaillement en prenant soin d'exclure la matière pénale du champ de l'habilitation. Dans l'entre-deux-guerres, les Chambres s'entendent sur l'interdiction des décrets-lois *fiscaux*[289]. En juillet 1926, elle les conduit à refuser à Aristide Briand (toujours) et à son ministre des finances, Joseph Caillaux, les pleins-pouvoirs financiers, sollicités notamment pour réaliser une réforme fiscale. Les propos du député Louis Marin, situé plutôt à droite sur l'échiquier parlementaire, témoignent de la place acquise par

---

[286] CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 1935, p.10.30-8

[287] D'ailleurs les disciples de Carré de Malberg, Georges Vedel et René Capitant ne la soutiennent pas (VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* 1ère éd., *op. cit.,* p.496-497 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.245

[288] v. les propos de Laurent Bonnevay : *« Il est impossible que nous donnions au Gouvernement le pouvoir d'édicter par lui-même des sanctions pénales quelles qu'elles soient. Cela n'est pas dans votre fonction, à vous Gouvernement, c'est dans notre pouvoir à nous, représentants de la nation, et sur ce point nous ne pourrons pas vous céder ! »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 3686-3687– séance du 15 décembre 1916) ; v. encore, VIOLLETTE, M., Rapport n°2836, Chambre des députés, Annexe au procès-verbal de la séance du 29 décembre 1916, 80 pages, spéc. p.64 et s., spéc. p.65. Le rapporteur Viollette s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de cassation des années 1830 (*cf. infra,* n°888 s.)

[289] Cette dimension est mise en évidence par Jérôme Henning. On renvoie à son article et aux références citées (HENNING, J., *art. cit.,* spéc. p.1197-1198)

les considérations relatives aux matières « réservées à la loi » au stade de l'élaboration, des discussions et du vote des projets de « pleins-pouvoirs » :

> « Cela a été, en effet, une tradition non pas seulement des parlements issus de la Révolution, mais de toutes les anciennes assemblées et, on peut dire, dans tous les pays, de consentir l'impôt. Cela a été leur rôle essentiel, vital et on n'a jamais vu un Parlement se laisser enlever ce droit fondamental de consentir l'impôt.
>
> Il y a quelque chose de non moins grave dans les projets qui nous sont soumis. Ce n'est pas seulement au point de vue de l'impôt consenti, mais au point de vue de cette règle absolue du régime parlementaire, qu'il ne doit pas y avoir une peine au sens criminel ou au correctionnel imposée sans une loi. »[290]

Progressivement donc, la « réserve de loi » conditionne – du point de vue des parlementaires – le recours aux décrets-lois. Elle conduit les Chambres à limiter d'elles-mêmes leurs facultés d'habilitation[291]. Force est pourtant de constater que cette autolimitation parlementaire résiste mal à la pression des circonstances. A la fin des années 1930, les lois d'habilitation demeurent silencieuses sur l'existence de telles matières indisponibles à la compétence de l'Exécutif. Définie par le but à atteindre (*cf. supra*, n°708), l'habilitation octroyée au Gouvernement n'exclut aucun moyen nécessaire à sa réalisation.

715. Les choses évoluent sous la IVe République. Désormais, la légitimité constitutionnelle du recours aux décrets-lois suppose de limiter précisément le champ des habilitations. Telle est la signification de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946, tel qu'interprété par le Conseil d'Etat (*cf. supra*, n°691 s.). Les matières « réservées à la loi » ne peuvent être ouvertes à la compétence de l'Exécutif par le jeu du principe d'habilitation. En témoignent les termes de l'alinéa 4 de l'avis du 6 février 1953 :

> « Considérant toutefois que certaines matières sont réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule ; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ; mais qu'il peut se borner à poser les règles essentielles en laissant au Gouvernement le soin de les compléter ; »

Sans entrer, dès à présent, dans l'analyse des sources de la « réserve de loi » (*cf. infra,* n°906 s.)[292], on peut relever que le Conseil d'Etat réceptionne ici l'héritage doctrinal, non

---

[290] J.O.D.P., Chambre des députés, page 2969– séance du 17 juillet 1926 ; v. les propos d'Edouard Herriot déjà cités (*cf. supra,* chapitre 1er, n°180)

[291] v. encore, les propos de Paul Jacquier, J.O.D.P., Chambre des députés, page 644-645 – séance du 22 février 1934

[292] La référence à la « tradition républicaine » ne figure pas dans le projet d'avis préparé par Georges Maleville. Les débats n'étant pas conservés aux Archives nationales, on ignore les raisons de l'introduction de cette incise par la Commission spéciale. En tout état de cause, la référence à la « tradition républicaine » – dont il appartient au Conseil d'Etat d'identifier le contenu – lui permet de garder la main sur la définition de la « réserve de loi ».

cette fois de Carré de Malberg, mais de l'École de Bordeaux (*cf. supra,* n°712 et s.). Loin d'être illimitées, les facultés d'habilitation du Parlement sont conditionnées par l'existence de « matières réservées à la loi ». En ces matières, le principe d'habilitation (l'autorisation d'agir par décrets-lois) est exclu. Seul s'exerce le principe de complémentarité (la détermination – plus ou moins lâche – du contenu du pouvoir réglementaire), par RAP ou décret simple (*cf. infra,* chapitre suivant). Ainsi, dans les matières réservées, il appartient au législateur de déterminer le *fond du droit* applicable, fût-ce en posant simplement les principes. L'avis du 6 février 1953 consacre donc – encore une fois – l'évolution antérieure, tant dans l'identification de la « réserve de loi », que dans sa portée. Sous la IVe République, cette dernière acquiert officiellement la fonction d'inhiber les facultés d'habilitation du législateur parlementaire. La régularité constitutionnelle des décrets-lois est admise, à condition d'exclure de leur champ – donc d'exclure du champ de la loi d'habilitation – les matières considérées comme « réservées à la loi ».

716. Cette interprétation est parfois consacrée par le législateur lui-même. A la différence des lois de « pleins pouvoirs » de l'entre-deux-guerres, de nombreuses lois de « pouvoirs spéciaux » des années 1950 assortissent les habilitations qu'elles confèrent à l'Exécutif de véritables réserves matérielles. Ainsi, par exemple, la loi d'habilitation du 11 juillet 1953 octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement Laniel reproduit – dans son dispositif même – les termes exacts de l'alinéa 4 de l'avis du 6 février 1953[293], excluant du champ de l'habilitation les matières « réservées à la loi » par la Constitution ou la tradition républicaine. La loi du 14 aout 1954 octroyant des pouvoirs similaires au Gouvernement Mendes France réitère cette façon de procéder[294]. De même que la loi du 2 avril 1955 qui la reconduit au profit du Gouvernement Faure[295]. En revanche, la loi du 16 mars 1956 conférant au Gouvernement Mollet les pouvoirs les plus étendus en Algérie demeure silencieuse sur l'existence de telles réserves, voire habilite expressément l'Exécutif à réguler les matières traditionnellement ou constitutionnellement réservées[296]. Dans cette hypothèse, rien ne permet d'assurer la sanction constitutionnelle de la violation de l'article 13 de la Constitution de 1946 (*cf. infra,* n°736 s., n°742 s. et n°926 s.)[297]. Alors qu'elle disparaît progressivement des

[293] Loi n°53-611 du 11 juillet 1953 (article 7, III). La loi élargit légèrement le champ de la « réserve de loi », telle que formulée par le Conseil d'Etat, en y ajoutant « la protection des biens et des libertés publiques. »
[294] Loi n°54-809 du 14 août 1954 (antépénultième alinéa)
[295] Loi n°55-349 du 2 avril 1955
[296] Loi n°56-258 du 16 mars 1956
[297] CE, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres,* Rec. p.74, *AJ* 1958.II.130, concl. Grévisse ; *AJ* 1958.II.220, chron. Fournier et Combarnous ; v. sur ce point, TREMEAU, J., *op. cit.,* p.221 et s.

dernières grandes lois d'habilitation de la IVe République[298], la « réserve de loi » se retrouve au cœur de l'adoption du projet de « pleins-pouvoirs » du général de Gaulle, en juin 1958. A cette date, la crainte de la « dictature » est grande. La commission du suffrage universel de l'Assemblée nationale refuse de conférer un blanc-seing à l'Exécutif. Le 2 juin, elle amende le projet de loi d'habilitation en y introduisant une « réserve de loi », dont la formulation est très nettement inspirée de celle proposée par l'avis du 6 février 1953[299]. Par une lettre rectificative, datée du même jour, le Gouvernement accepte ces modifications et les limites qu'elles posent à son action[300]. Ces dernières sont loin d'être théoriques. En excluant du champ de l'habilitation les « matières réservées à la loi par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des droits de 1789 », la loi du 3 juin 1958 prive le Gouvernement du pouvoir d'agir en matière fiscale. Le 30 juillet 1958, ces considérations ont conduit l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à opposer un avis négatif à un important projet d'ordonnance en la matière[301].

717. Avant 1958, la constitutionnalité des décrets-lois suppose d'exclure les matières perçues comme « réservées à la loi » du champ des lois d'habilitation. Le critère matériel permet de tempérer les facultés d'habilitation illimitées du Parlement. L'article 38 de l'actuelle Constitution, en autorisant *par définition* les habilitations dans le domaine réservé au législateur, renverse le système. Il s'agit d'une conséquence de la coordination des domaines de la loi et du règlement consacrée par les articles 34 et 37 (*cf. infra*, n°1087 s.). En 1958, le principe d'habilitation permet de tempérer la rigueur du critère matériel.

---

[298] On ne trouve aucune « réserve de loi » dans le dispositif de la loi n°56-619 du 23 juin 1956 (dite « loi-cadre Defferre » autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer (J.O.R.F. du 24 juin, p.5782). Les lois de pouvoirs spéciaux n°57-516 du 26 juin 1957 (Bourgès-Maunoury) et n°57-1263 du 13 décembre 1957 (Gaillard) sont pareillement silencieuses.

[299] v. le Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel, des lois constitutionnelles, du règlement et des pétitions sur le projet de loi (n°7232) relatif aux pleins pouvoirs, par M. Verdier (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 2 juin 1958, annexe n°7234, p.1829). A comparer avec le Projet de loi relatif aux pleins pouvoirs (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 1er juin 1958, annexe n°7232, p.1828)

[300] Lettre rectificative au projet de loi (n°7232) relatif aux pleins pouvoirs (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 2 juin 1958, annexe n°7236, p.1830)

[301] Les débats en Assemblée générale sont extrêmement houleux. Le Conseil d'Etat a parfaitement conscience des difficultés posées par l'exclusion de la matière fiscale du champ de l'habilitation. Néanmoins, elle considère ne pas pouvoir s'écarter de la lettre de la « réserve de loi » contenue dans la loi du 3 juin. (*cf. infra,* n°1138) v. CE, Assemblée générale, 30 juillet 1958, « Projet d'ordonnance relative à diverses dispositions d'ordre fiscal », n°275001, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/518 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26

718. La détermination d'un cadre à l'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois est donc bien antérieure à 1958. Aux côtés de l'encadrement du champ des habilitations, on assiste sous les IIIe et IVe République à l'encadrement progressif de la procédure d'élaboration des décrets-lois.

B- L'ENCADREMENT DE LA PROCEDURE D'ELABORATION DES DECRETS-LOIS

719. L'article 38 de l'actuelle Constitution détermine la procédure d'habilitation. Elle exige notamment que les ordonnances soient édictées en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat. Là encore, la Constitution de 1958 n'innove en rien. La participation de ces deux organismes à l'élaboration des décrets-lois est un acquis des IIIe et IVe Républiques (1), et s'impose progressivement comme la procédure unique d'exercice de la législation gouvernementale sur habilitation législative (2).

1) La participation acquise du Conseil des ministres et du Conseil d'Etat

720. Dans les années 1930, les décrets-lois cessent d'être un problème constitutionnel. Mais ils commencent à poser de sérieux problèmes pratiques. Leur massification se réalise de façon sauvage. On dénonce rapidement *« l'incohérent fouillis »*[302] dont ils sont à l'origine. (*cf. supra,* n°198 s.). Des garanties politiques (a) et techniques (b) sont nécessaires, et expliquent que le Conseil des ministres, d'une part, et le Conseil d'Etat, d'autre part, soient progressivement associés à l'élaboration des décrets-lois.

a) Une garantie politique : le Conseil des ministres

721. La participation du Conseil des ministres à l'élaboration des décrets-lois est ancienne. Mais – et là réside l'intérêt de l'étude – elle n'a jamais été remise en question. Dès décembre 1916, Aristide Briand prévoyait que ses décrets-lois fussent « rendus en Conseil des ministres » (*cf. supra,* n°158 s.). L'exigence est systématiquement réitérée par les lois d'habilitation des IIIe et IVe Républiques, à l'exception notable de la loi du 3 août 1926 (octroyant à Raymond Poincaré des pouvoirs exceptionnels pour la réalisation d'économies par décrets), absolument silencieuse sur la question. La consultation du Conseil des ministres est donc une constante de l'histoire des décrets-lois. On en identifie facilement les raisons :

[302] BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.299

elle n'est pas seulement un gage de coordination interministérielle, elle est surtout un symbole de la solidarité gouvernementale dans l'exercice des « pleins pouvoirs ».

722. Coordination interministérielle. La consultation du Conseil des ministres sur les projets de décrets-lois est acquise dès les lendemains de la Première guerre mondiale. On en perçoit immédiatement l'intérêt : elle permet d'assurer la coordination interministérielle des mesures à adopter. Jusqu'en 1935, *de jure* ou *de facto*, les ministres ne sont pas collectivement associés à la préparation des décrets-lois. En 1926, rien n'y oblige Poincaré. Quant à Gaston Doumergue, en 1934, il adopte une pratique consistant à éclipser les discussions en conseil des ministres, en procédant à l'élaboration bilatérale des décrets-lois avec les ministères concernés[303]. A partir de 1935, les présidents du conseil, qui sollicitent les « pleins pouvoirs », abandonnent ces méthodes. La coordination interministérielle devient un véritable enjeu de l'exercice de la législation gouvernementale, ce dont témoigne d'ailleurs la recréation – la même année – du Secrétariat général du Gouvernement[304].

723. Solidarité ministérielle. La consultation du Conseil des ministres est surtout un gage de solidarité ministérielle. Il faut rappeler, en effet, que les décrets-lois se généralisent – dans l'entre-deux-guerres – en situation de crise, et sont sollicités par des Gouvernements *d'union nationale*, incluant notamment des radicaux (Edouard Herriot est ministre d'Etat, sans discontinuité du 9 février 1934 au 22 janvier 1936 dans les Gouvernements Doumergue, Flandin, Bouisson et Laval). La délibération en Conseil des ministres est donc une garantie essentielle de la participation de tous les ministres (et particulièrement d'Edouard Herriot) à l'élaboration des décrets-lois. Pour Jérôme Henning, ces considérations ne sont pas sans conséquence sur le cycle d'acclimatation progressive du parti radical, voire des socialistes, aux « pleins pouvoirs »[305]. Loin d'être une formalité procédurale, la consultation du Conseil des ministres est donc – au milieu des années 1930 – une véritable garantie substantielle dans l'usage des décrets-lois. Aux yeux des Chambres, la présence d'Herriot dans l'équipe gouvernementale est perçue comme une assurance républicaine contre les dérives autoritaires dans l'exercice des « pleins-pouvoirs ». Les présidents du conseil qui les sollicitent ne s'y trompent pas, et utilisent cette situation comme un argument politique[306]. En un mot, la

---

[303] Jérôme Henning l'a récemment mis en évidence à la lecture des mémoires d'Edouard Herriot qui s'agaçait de cette pratique. (v. HENNING, J., *art. cit.,* p.1194)

[304] Décret du 31 janvier 1935 relatif à l'organisation des services administratifs de la présidence du conseil (J.O.R.F. du 2 février, p.1330)

[305] HENNING, J., *art. cit.,* p.1194-1195

[306] v. les références citées par Jérôme Henning (*art. cit.,* p.1195), et particulièrement les propos de Flandin le 30 mai 1935 : *« [Q]ui donc soutiendrait ici que, dans sa composition actuelle, le Gouvernement puisse être entrainé à des actes qui ne seraient pas strictement autorisés par nos institutions républicaines ? Peut-on*

consultation du Conseil des ministres participe de la légitimité du recours aux décrets-lois. Ainsi s'explique qu'elle soit intimement liée à leur exercice dès l'entre-deux-guerres. La consultation du Conseil d'Etat, en revanche, est beaucoup plus tardive.

b) Une garantie technique : le Conseil d'Etat

724. Avant 1940 – et malgré les appels répétés du vice-président Théodore Tissier[307] – le Conseil d'Etat ne participe généralement pas à l'élaboration des décrets-lois (i). Mais la technicité des réformes à entreprendre, et la nécessité d'assurer leur coordination administrative conduit, dès les années 1930, à envisager de remédier à cette situation (*cf. supra,* n°199 et n°277 s.). Admise en principe en 1945, la participation à l'élaboration des décrets-lois restait à préciser dans ses modalités d'exercice (ii).

i) Une mise à l'écart sous la IIIe République : les relents de la spécialisation fonctionnelle

725. Largement associé à l'élaboration des RAP, le Conseil d'Etat est écarté de l'élaboration des décrets-lois sous la IIIe République. Seule la première des lois de pleins pouvoirs – la loi du 22 mars 1924, initiée par le ministère Poincaré – impose cette intervention ; l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a d'ailleurs rendu plusieurs avis en application de cette loi, avant que le Cartel des Gauches, en mai 1924, n'abandonne les projets de décrets-lois ainsi élaborés[308]. A partir de 1926, la consultation du Conseil d'Etat est écartée, sans raison apparente. Si l'on en croit les propos de Roger Bonnard, cette éviction trouve son explication dans le souci de contourner une opposition éventuelle du Conseil d'Etat, lequel aurait rendu un avis négatif sur plusieurs décrets-lois de 1924[309]. Les débats en Assemblée générale ne confirment pas cette analyse ; non seulement le Conseil d'Etat a-t-il admis la légalité des décrets-lois qui lui étaient présentés, mais il a en plus refusé d'ajourner leur examen malgré la chute du ministère Poincaré et la victoire du Cartel des Gauches le 25

imaginer un instant M. Herriot, ce fidèle défenseur de la démocratie, souscrivant à je ne sais quel décret de dictature personnelle ? » (J.O.D.P., Chambre des députés, page 1731 – séance du 30 mai 1935)

[307] v. les lettres échangées, en 1935, entre Théodore Tissier et Pierre Laval, président du conseil, et Léon Bérard, Garde des Sceaux. Les lettres sont citées et reproduites par Nicolas Roussellier (*Vers une histoire de la loi, op. cit.,* p.211-212)

[308] v. CE, Assemblée générale, 1er mai 1924, « Projet de décret portant modification, par application de la loi du 22 mars 1924, des dispositions de la loi du 14 décembre 1920 instituant temporairement près la Cour de cassation une Commission supérieure de cassation », n°186520 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//5206, dossier n°80 ; CE, Assemblée générale, 28 mai 1924, Exposé général fait au nom de la Commission chargée d'examiner les décrets réalisant des économies par application de l'article 1er de la loi du 22 mars 1924 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote n° AL//5206, dossier n°97

[309] BONNARD, R., « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *art. cit.,* p.249

mai 1924[310]. En vérité, la mise à l'écart du Conseil d'Etat trouve certainement son explication dans l'idéal républicain de la spécialisation fonctionnelle[311]. En 1926, on n'admet difficilement que les fonctions primaires de législation puissent être exercées en dehors des assemblées parlementaires, voire qu'elles échappent au personnel parlementaire, que représentent encore les ministres. Surtout, après avoir été comparé à Bonaparte à l'occasion de son projet de « pleins pouvoirs » de 1924 (*cf. supra,* n°178 s.), Raymond Poincaré pouvait difficilement défendre la délibération des décrets-lois par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. Les parlementaires y voyaient l'aliénation de la délibération parlementaire vers une assemblée administrative[312]. Associer le Conseil d'Etat à l'élaboration des décrets-lois, c'était donc renouer avec les méthodes de 1852, sinon de l'an VIII.

726. Progressivement cependant, les réformistes appellent de leurs vœux la participation du Conseil d'Etat à l'exercice des « pleins pouvoirs ». Dès 1925, Pierre Renouvin souligne l'intérêt qu'il y aurait à associer davantage la Haute assemblée à l'action gouvernementale[313]. Dans les années 1930, et sous la Résistance, l'idée se généralise parmi les réformistes, et dans la doctrine spécialisée, d'exiger la délibération des décrets-lois par le Conseil d'Etat[314] ; il s'agirait d'un gage de qualité technique et de coordination administrative dans la mise en œuvre des « pleins-pouvoirs » (*cf. supra,* n°199 et n°277 s.). A la faveur de la Seconde guerre mondiale, cette participation obligatoire du Conseil d'Etat à l'élaboration des décrets-lois est acquise à la Libération, et définitivement consacrée à l'article 22 de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (*cf. supra,* n°388 s.). Restait à en préciser les modalités d'exercice.

---

[310] CE, Assemblée générale, 28 mai 1924, Débats en Assemblée générale, p.11 et s. (références citées *supra,* n°725, note n°308)

[311] v., en ce sens, BOUVIER, L.-A., *Le Conseil d'Etat et la confection de la loi, op. cit.,* p.68 et s.

[312] v. l'adresse de Joseph Paul-Boncour à Raymond Poincaré le 4 février 1924 : *« Ce que vous demandez au Conseil d'Etat maintenant, c'est de collaborer avec vous, dans le tête-à-tête ministériel, sans indication, sans contrôle du Parlement. Cela ne nous suffit pas. Le peuple nous a donné des droits, nous voulons les exercer. »* (J.O.D.P., Chambre des députés, page 490 – séance du 4 février 1924) ; v. encore les propos d'Anatole de Monzie au Sénat : *« Il s'agit bien d'une loi de dessaisissement. C'est le Conseil d'Etat, assemblée administrative, qui sera consulté avant que soient pris les décrets réglementaires ; (...) c'est bien ainsi que le problème se pose : le Parlement sera dessaisi et le Conseil d'Etat sera saisi. »* (J.O.D.P., Sénat, page 333 – 2e séance du 14 mars 1924)

[313] RENOUVIN, P., *Les formes du gouvernement de guerre, op. cit.,* p.141

[314] HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *art. cit.,* p.261 ; BARDOUX, J., *La France de demain, op. cit.,* p.216-217 ; LACHARRIERE (de), R., « Le système des décrets-lois et le régime parlementaire », *art. cit.,* p.150 ; BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.299 ; RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875, op. cit.,* p.269 ; DEBRE, M., *Refaire la France, op. cit.,* p.130-131 ; SIMON, P.-H., *De la République. Essai sur la future Constitution de la France, op. cit.,* p.165-166

ii) Des modalités de consultation à préciser sous la IVe République : désengorger l'Assemblée générale

727. Les textes du 31 juillet 1945 prévoient l'intervention *obligatoire* de *l'Assemblée générale* du Conseil d'Etat sur les « projets de décrets pris en vertu de pouvoirs spéciaux en matière législative », ou – si l'urgence est déclarée – celle de la Commission permanente[315]. A partir de 1953, lorsque se multiplient de nouveau les décrets-lois, cette procédure apparaît rapidement trop lourde. Pour éviter d'engorger son ordre du jour, l'Assemblée générale opère sa propre éviction[316]. La question est tranchée le 9 septembre 1954, à l'occasion de l'examen des premiers projets de décrets-lois, élaborés par Mendes France, en application de la loi du 14 août 1954. A cette date, le problème est nouveau. Jusqu'alors, la fiction des « matières réglementaires par nature » avait permis de contourner la difficulté ; bien qu'obligatoirement délibérés en Conseil d'Etat, les décrets édictés sur le fondement de la loi du 17 août 1948 avaient été assimilés à des décrets ordinaires n'impliquant aucune discussion en Assemblée générale, mais simplement en Section administrative. Quant aux décrets-lois Laniel, édictés en application de la loi du 11 juillet 1953 – qui exigeait également que le Conseil d'Etat fût consulté – l'Assemblée générale n'avait pas eu l'occasion de trancher par principe la question de sa compétence.

728. En septembre 1954, la question reste donc entière. A cette date, le Conseil d'Etat est engorgé. Les textes du 31 juillet 1945 avaient eu pour conséquence d'accroître considérablement l'activité administrative de la Haute assemblée (*cf. supra,* n°388), sans amoindrir (tant s'en faut !) son activité contentieuse. Dans les années 1950, l'interventionnisme étatique démultipliait le nombre d'actes administratifs (et de lois) à élaborer, et à contrôler. Pour l'Assemblée générale, il était impossible *en pratique* d'être associée à l'élaboration de tous les projets de décrets-lois, que l'avis du 6 février 1953 venait de rendre possible, et dont on pressentait l'irrésistible prolifération. En septembre 1954, tout l'enjeu est donc de trouver un fondement juridique à l'éviction de l'Assemblée générale sur les projets de décrets-lois. Or, en la matière, force est de constater que les textes du 31 juillet 1945 sont extrêmement clairs. Ils imposent la consultation obligatoire de l'Assemblée

[315] Article 22 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat (J.O.R.F. du 1er août, p.4770) ; article 20 du décret 45-1709 du 31 juillet 1945 portant règlement intérieur du Conseil d'Etat (J.O.R.F. du 1er août, p.4776)

[316] CE, Assemblée générale, 9 septembre 1954, « Projet de décret modifiant et complétant, en ce qui concerne le régime du travail et les congés payés dans la Marine marchande, la loi du 13 décembre 1926, portant Code du travail maritime », n°264954 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/344 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/19, dossier n°80

générale sur les projets de décrets pris en vertu « de pouvoir spéciaux », en « matière législative » (*cf. supra*, n°388). Le rapporteur Max Querrien – qui s'exprime au nom des Sections réunies des travaux publics et sociale – ne s'y trompe pas[317], mais souligne immédiatement les inconvénients pratiques d'une telle solution. Non seulement, elle aboutirait à engorger l'Assemblée générale (voire, si l'urgence est déclarée, la Commission permanente), surtout elle risquerait de révéler rétrospectivement l'illégalité des décrets-lois de 1953, édictés par le Gouvernement Laniel, sans consultation systématique de l'Assemblée générale[318]. Une solution s'impose *« il faut donc retenir sur le plan pratique, sans que l'argument soit absolument merveilleux, la compétence de la Section. »*[319] (on souligne)

729. Sur le plan juridique, la solution heurte la lettre – claire – des textes du 31 juillet 1945. Elle n'est rendue possible qu'à la faveur d'une interprétation étroite (voire étriquée) de la notion de « matière législative » mentionnée à l'article 20 du décret du 31 juillet 1945 portant règlement intérieur du Conseil d'Etat[320]. L'intention des auteurs du texte n'était pas douteuse (*cf. supra*, n°388) ; l'expression devait s'entendre au sens de « matière légiférée », et englober les décrets-lois[321]. Or, le président André Andrieux propose une lecture beaucoup plus restrictive de la notion. A ses yeux, une « matière législative » est une « matière réservée à la loi », au sens de l'avis du 6 février 1953[322]. Évidemment, cette conception permet d'exclure du champ de l'article 20 du décret du 31 juillet 1945 – donc du champ de la consultation obligatoire de l'Assemblée générale – les décrets-lois édictés depuis 1953, considérés par définition comme de simples extensions de la compétence réglementaire de l'Exécutif en des matières certes déjà légiférées, mais non réservées à la loi (*cf. supra*, n°624 s.). L'unanimité de l'Assemblée générale (à l'exception de Pierre Laroque qui y voit – à raison – une violation des textes de 1945[323]) se rallie à la solution d'André Andrieux. Le Conseil d'Etat opte pour le caractère simplement *facultatif* de la consultation de son

---

[317] *« Il est bien certain que les décrets pris en application de la loi du 14 août 1954 sont des décrets en matière législative. Il n'y a d'ailleurs qu'à regarder le texte même de la loi du 14 août 1954 pour se rendre compte, c'est l'évidence, que le Parlement a permis au Gouvernement de réglementer par décrets les questions qui avaient été légiférées ».* (compte-rendu des débats, p.8)

[318] *« On rendrait caduques toutes les dispositions des décrets pris en application de la loi de 1953. »* (*ibid.,* p.13)

[319] Propos du rapporteur Max Querrien, *ibid.,* p.13

[320] « Sont portés à l'Assemblée générale du Conseil d'Etat : 1° (…) les décrets pris en vertu de pouvoirs spéciaux en matière législative ».

[321] Cette interprétation n'est pas douteuse. Telle est d'ailleurs la position du rapporteur Querrien, s'exprimant au nom des Sections réunies des travaux publics et sociale : *« on est en matière législative, à défaut de critère entre la matière législative et la matière réglementaire, lorsqu'on règlemente dans une matière dont le législateur s'était auparavant emparé ».* (*ibid.,* p.8) (on souligne) ; v. aussi note n°317

[322] *ibid.,* p.20-21

[323] *ibid.,* p.18

Assemblée générale sur les projets de décrets-lois. Cet épisode n'a pas qu'un intérêt historique. Il révèle, dès 1954, la nécessité d'adapter le fonctionnement interne et les méthodes de travail du Conseil d'Etat à l'expansion de la législation gouvernementale. La réforme de 1963 en tirera les conséquences.

2) L'unification progressive des procédures de législation par décrets-lois

730. La participation du Conseil des ministres et du Conseil d'Etat à l'exercice des « pleins pouvoirs » est donc acquise dès avant 1958. Mais force est de constater qu'il existe encore, au début des années 1950, un *« désordre complet »* [324] dans les procédures d'élaboration des décrets-lois. Jusqu'alors, en effet, rien n'obligeait les Chambres à habiliter l'Exécutif à intervenir selon une procédure unique. A la faveur de sa consultation obligatoire sur les projets de loi, le Conseil d'Etat construit – sous la IVe République – un standard d'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois autour des formes de la loi du 17 août 1948 (a), et corrige les projets de loi d'habilitation en ce sens (b).

a) La construction d'un standard : les formes de la loi du 17 août 1948

731. La standardisation des procédures d'élaboration des décrets-lois – codifiées en 1958 à l'article 38 de la Constitution – est rendue possible, sous la IVe République, à la faveur de la consultation obligatoire du Conseil d'Etat sur tous les projets de loi[325]. A la lumière des expériences passées, marquées par la recherche des garanties politiques et techniques, le Conseil d'Etat impose progressivement l'idée d'une consultation obligatoire du Conseil des ministres *et* du Conseil d'Etat sur tous les projets de décrets-lois. Cette double consultation est – pour la première fois depuis 1924 – imposée par la loi du 17 août 1948 (article 6). Ces « formes prévues par la loi du 17 août 1948 » sont érigées en standard procédural. Le Conseil d'Etat assure, à partir de cette date, leur introduction dans tous les projets de loi d'habilitation autorisant le Gouvernement à modifier la législation formelle en vigueur.

b) La correction des projets de loi d'habilitation par le Conseil d'Etat

732. Sous la IVe République, le Conseil d'Etat impose les formes de la loi du 17 août 1948 comme standard d'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois. Il corrige

[324] SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la Quatrième République, op. cit.,* p.158. S'en suit une énumération exhaustive de ces différentes procédures.
[325] Celle-ci est imposée par l'article 21 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945

en ce sens – au stade de leur examen – les projets de loi d'habilitation. Les exemples sont nombreux. Dès le 16 septembre 1948, la Commission permanente du Conseil d'Etat modifie dans cette perspective un projet de loi habilitant le Gouvernement à majorer des impôts par décrets[326]. Le 27 février 1956, elle corrige le projet de « loi-cadre Defferre »[327]– en ajoutant une référence expresse aux « formes de la loi du 17 août 1948 » dans la disposition habilitant l'Exécutif à opérer des dévolutions de compétences aux TOM. Quelques jours plus tôt, elle modifie une loi d'habilitation de façon à imposer la double consultation du Conseil d'Etat et du Conseil des ministres sur des projets de décrets modifiant la législation fiscale en vigueur[328]. Plus significative encore est la modification apportée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat au projet de loi fixant les principes de la politique agricole le 11 avril 1957. Après avoir constaté le caractère très large des habilitations conférées à l'Exécutif pour modifier la législation existante (*cf. infra*, n°744), l'Assemblée générale propose plusieurs corrections au texte dont *« la plus importante est relative à la procédure qui devra être suivie pour tous les décrets modifiant des lois en vigueur, portant aménagements fiscaux, ou entraînant des atteintes au droit de propriété »*[329]. Par conséquent, elle ajoute un article supplémentaire au projet de loi ainsi rédigé : *« Tous les décrets pris en application de la présente loi qui modifieront ou abrogeront des dispositions législatives en vigueur (…) devront être pris en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat. »* En 1958, la

---

[326] La Commission permanente propose la modification suivante : *« Rédiger comme suit le début de l'article 8 : « Pourront être majorés par décret pris dans les conditions prévues à l'article 6 de la loi du 17 août 1948, avant le 15 octobre 1948, les taux et quotités des impôts, droits et taxes ainsi que leurs minimums et maximums et les amendes et pénalités… » (le reste sans changement) ».* (on souligne) (CE, Commission permanente, 16 septembre 1948, D938CP, « Projet de loi portant création de ressources nouvelles au profit du Trésor et aménagement de certains impôts », n°245289 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/90)

[327] Texte présenté au Conseil d'Etat : *« La mise en œuvre des dispositions prévues au présent article sera réalisée par décrets pris en Conseil des ministres, sur le rapport du ministre de la France d'Outre-Mer et, éventuellement, des ministres intéressés, après avis du Conseil d'Etat ».* Modification proposée par la Commission permanente : *« (…) A cet effet, des décrets pris dans les formes prévues par la loi n°48-1268 du 17 août 1948 sur le rapport du ministre de la France d'Outre-Mer et éventuellement des ministres intéressés, pourront : (…) »* (on souligne) (CE, Commission permanente, 27 février 1956, D1933CP, Projet de loi autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer une évolution pacifique des Territoires relevant du ministère de la France d'Outre-Mer, n°269028 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/408)

[328] *« La Commission permanente du Conseil d'Etat (…) constate que les décrets prévus ont pour but de modifier la législation fiscale sur des points particuliers (…). Pour ces raisons et en se référant aux précédents, la Commission permanente serait d'avis que les décrets prévus soient pris dans les formes de l'article 6 de la loi du 17 août 1948, c'est-à-dire en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, sur le rapport du ministère des affaires économiques et financières. »* (on souligne) (CE, Commission permanente, 25 février 1956, D1932CP, Projet de loi relatif à la suspension des taxes indirectes sur certains produits de consommation courante, n°269043 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/408)

[329] CE, Assemblée générale, 11 avril 1957, « Note sur le projet de loi fixant les principes de la politique agricole », n°271911 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/460 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/23, dossier n°35

Commission permanente introduit dans le projet de loi de pleins-pouvoirs présenté par le général de Gaulle – qui deviendra loi du 3 juin 1958 – la consultation obligatoire du Conseil des ministres, en sus de celle du Conseil d'Etat, sur les projets d'ordonnances[330]. Le point d'orgue de cette évolution est, évidemment, la constitutionnalisation des « formes prévues par la loi du 17 août 1948 » – c'est-à-dire la double intervention du Conseil d'Etat et du Conseil des ministres – dans le futur article 38 de la Constitution de 1958. Le 27 août 1958, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat introduit, quant à elle, à l'occasion de l'examen de l'article 78 (futur article 92) du projet de Constitution, la double consultation du Conseil des ministres et du Conseil d'Etat sur les projets d'ordonnances ayant force de loi, nécessaires à la mise en place des institutions (*cf. infra,* n°1064). En octobre 1958, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat recommande de conserver cette procédure pour l'exercice du pouvoir réglementaire dit « autonome », dans le cadre de l'application de l'article 37 de la nouvelle Constitution (*cf. infra,* n°1170 s.). Les formes d'exercice de la législation gouvernementale primaire – quel qu'en soit le régime contentieux – sont donc unifiées autour des formes de la loi du 17 août 1948.

733. La détermination d'un cadre à l'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois est donc un acquis des IIIe et IVe Républiques. L'article 38 de l'actuelle Constitution ne fait que codifier ce qui – avant 1958 – résultait des pratiques politiques et administratives. L'exigence de spécialité des habilitations, réceptionnée par le Conseil constitutionnel, la « réserve de loi » codifiée par l'article 34 de l'actuelle Constitution, et les formes et procédures exigées pour l'élaboration des ordonnances sont des parfaits héritages de la situation antérieure. Avant 1958, seule manquait la sanction constitutionnelle nécessaire à l'assurance du respect de ce conditionnement des facultés d'habilitation du Parlement.

§2. Vers une sanction constitutionnelle

734. Il existe, en France, un lien étroit entre l'émancipation du pouvoir réglementaire et l'affirmation de la supériorité constitutionnelle, donc de la justice constitutionnelle. Pérenniser les fonctions de législation gouvernementale supposait progressivement d'ôter au Parlement ses facultés illimitées d'habilitation, c'est-à-dire sa maîtrise souveraine des

[330] Texte du Gouvernement : *« (…) [Ces ordonnances] seront prises après avis du Conseil d'Etat sauf en cas d'urgence spécialement constatée ».* Modification proposée par la Commission permanente : *« Sauf en cas d'urgence spécialement constatée, [ces ordonnances] seront prises en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat. »* (CE, Commission permanente, 1er juin 1958, D2163CP, « Projet de loi relatif aux pleins pouvoirs », n°274560 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/510)

compétences de l'Exécutif. Il fallait donc assurer la *sanction*[331] des principes constitutionnels identifiés comme cadre à l'exercice des décrets-lois. Or, sous les IIIe et IVe Républiques, force est de constater que cet encadrement constitutionnel demeure inachevé en l'absence de juridiction constitutionnelle susceptible d'en assurer la sanction (A). Dans ces conditions, c'est vers la révision constitutionnelle qu'il faut nécessairement se tourner (B).

A- L'INSUFFISANT CONTROLE DES LOIS D'HABILITATION

735. La *« découverte du juge constitutionnel »*[332] (R. Baumert) dans l'entre-deux-guerres accompagne un mouvement de réaction doctrinale au « parlementarisme absolu ». La création du Conseil constitutionnel en 1958 procède de considérations semblables ; il s'agit d'assurer le bon fonctionnement du système parlementaire en assortissant la coordination des domaines législatif et réglementaire d'un mécanisme de sanction (*cf. infra,* n°1094 s.). Cette innovation n'a rien d'un *deus ex machina.* Elle est pensée comme un remède à la situation antérieure. Jusqu'alors, en effet, le contrôle juridictionnel des lois d'habilitation est impossible (1). Seules les sections administratives du Conseil d'Etat sont gardiennes – autant qu'elles le peuvent – de l'encadrement constitutionnel des habilitations (2).

1) L'inexistant contrôle juridictionnel

736. En réaffirmant l'inopérance du moyen tiré de la violation de la Constitution par une loi parlementaire, le Conseil d'Etat se prive de la possibilité d'assurer la sanction de l'encadrement constitutionnel de l'exercice des « pleins pouvoirs » (a). La doctrine encourage pourtant à s'engager dans cette voie (b).

a) De lege lata *: la porte close de l'arrêt Arrighi*

737. Dans l'entre-deux-guerres, la généralisation des lois de « pleins pouvoirs » conduit le Conseil d'Etat à préciser leur régime contentieux. En 1936, le sieur Arrighi et la dame Coudert contestent la constitutionnalité de l'article 36 de la loi du 28 février 1934 autorisant le Gouvernement Doumergue à prendre les mesures d'économie qu'exigera l'équilibre du

[331] Dans sa thèse de doctorat, Eleonora Bottini définit la sanction constitutionnelle comme étant : *« la réaction prévue par l'ordre juridique en conséquence d'une violation de la norme constitutionnelle, appliquée par le biais d'un organe tiers par rapport à l'auteur à la fois de la violation et de la norme, et par rapport au sujet qui s'estime lésé par cette violation. »* (BOTTINI, E., *La sanction constitutionnelle : étude d'un argument doctrinal,* Paris : Dalloz, 2016, 699 pages, spéc. p.46)

[332] BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique, op. cit.,* p.91 et s.

budget (*cf. supra,* n°182). Les requérants prétendent que l'article 1er de la loi du 25 février 1875 interdirait aux Chambres d'habiliter l'Exécutif à modifier la législation formelle en vigueur. Pour le commissaire du gouvernement Latournerie, suivi par la Section du contentieux, le moyen est inopérant[333] ; *« dans notre droit public, le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de cette même volonté. »*[334] Ce faisant, le Conseil d'Etat ferme la porte de la controverse doctrinale sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans l'entre-deux guerres, et met à l'abri les lois de « pleins pouvoirs » de toute discussion contentieuse. La solution est confirmée, dans les mêmes conditions, sous la IVe République[335]. Sur le plan contentieux, le débat est définitivement clos depuis 1936.

738. A cet impossible contrôle de l'incompétence négative du législateur, s'ajoute un difficile contrôle de l'incompétence positive de l'Exécutif. Dans la deuxième moitié des années 1930, en effet, les lois d'habilitation perdent en spécialité : elles n'assignent au Gouvernement qu'un but à atteindre, lui-même déterminé largement (*cf. supra,* n°708). La généralité des termes des lois d'habilitation paralyse le contrôle de la légalité interne des décrets-lois. Pour Olivier Steck, le recours pour excès de pouvoir est donc *« inadapté »*[336] en la matière ; l'auteur montre que – pour y remédier – le Conseil d'Etat oriente sa jurisprudence dans deux directions : d'une part, le développement d'un contrôle de proportionnalité des atteintes portées, par décret-loi, aux libertés individuelles et à la propriété, et d'autre part, la progression des principes généraux du droit[337]. Mais les lois d'habilitation demeurent intouchables. *De lege lata,* rien ne permet d'assurer la sanction des violations à la Constitution qu'elles contiennent.

b) De lege ferenda *: la nécessité d'un « chien de garde »*

739. Très tôt, la doctrine perçoit la nécessité d'assortir les lois d'habilitation d'un contrôle de constitutionnalité. Seul ce contrôle permettrait d'assurer la sanction constitutionnelle de

---

[333] CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi,* Rec. p.966, *Dame Coudert,* Rec. tables, p.1384, *D.* 1938.3.1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; *RDP* 1936.671, concl. Latournerie ; *S.* 1937.3.33, concl. Latournerie, note Mestre. Sur la controverse relative à l'irrecevabilité ou l'inopérance du moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi, v. POULET, F., *L'inopérance des moyens dans le contentieux administratif français,* Thèse, Université Paris 2, 2014, 650 pages, spéc. p.185 s.

[334] LATOURNERIE, R., « Conclusions », *S.,* 1937.3.33, p.36. Le raisonnement est très nettement malbergien.

[335] CE, 4 février 1949, *Chambre syndicale des agents généraux d'assurance de la Martinique,* Rec. p.49 ; *S.,* 1950.III.14, *RJP* 1949.66 note Colliard

[336] STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* p.412 et p.414 et s.

[337] *ibid.,* p.416 et s., et p.421 et s.

l'exercice des « pleins pouvoirs », dont l'encadrement procède de considérations libérales (ne pas aliéner l'expression parlementaire de la volonté générale) et gouvernementales (protéger les compétences de l'Exécutif) (*cf. supra,* n°701). Léon Duguit propose l'idée dès 1924, c'est-à-dire dès le premier épisode des pleins-pouvoirs de l'après-guerre (octroyés à Raymond Poincaré). Pour le maître de Bordeaux, il appartiendrait au juge ordinaire, non seulement d'assurer le contrôle (ou l'appréciation) de la légalité du décret-loi au regard de la loi d'habilitation, mais surtout d'opérer l'appréciation de la constitutionnalité de la loi d'habilitation elle-même au regard de la Constitution[338]. Nulle question néanmoins d'autoriser les tribunaux à prononcer l'annulation des lois formelles ; il faut simplement admettre la recevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité dirigée contre un décret-loi[339]. Celle-ci permettrait, le cas échéant, de percer « l'écran législatif » et d'obtenir l'annulation du décret. Dès l'origine donc, la question de la justice constitutionnelle est intimement liée à celle des « pleins pouvoirs »[340].

740. La question devient plus sensible à mesure que se précisent les exigences constitutionnelles qui entourent le recours aux décrets-lois. Sous la IVe République notamment, rien ne permet d'assurer le respect de l'article 13 de la Constitution, tel qu'interprété par le Conseil d'Etat. A la fin des années 1950, nombreuses sont les lois de « pouvoirs spéciaux » à s'affranchir des conditions de constitutionnalité dégagées par l'avis du 6 février 1953. Plusieurs d'entre-elles habilitent expressément l'Exécutif à intervenir dans le champ de la « réserve de loi »[341], quand elles ne sont pas rédigées dans les termes les plus vagues[342]. Ainsi, la doctrine constitutionnelle – alors même qu'elle avait contribué à neutraliser l'article 13 de la Constitution de 1946, et à permettre le retour en force des décrets-lois sous la IVe République (*cf. supra,* n°674) – est forcée de constater les graves entorses faites à la Constitution par les lois d'habilitation ; et à regretter que le Comité constitutionnel ne se soit pas emparé (ou n'ait pas pu s'emparer) du contrôle de constitutionnalité en la

---

[338] DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », p.340-341).

[339] *ibid.,* p.341

[340] v. encore, JEZE, G. *Les principes généraux du droit administratif. Tome 1, op. cit.,* p.363. Cette liaison est confirmée *a contrario* par Carré de Malberg. (CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit,* p.406 et p.409, note 1)

[341] v. les exemples cités *infra*, n°742 et s.

[342] Par exemple, l'article 5 de la loi n°56-258 du 16 mars 1956 est ainsi rédigé : « Le Gouvernement disposera, en Algérie, <u>des pouvoirs les plus étendus</u> pour prendre toute mesure exceptionnelle commandée par les circonstances en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire ». (on souligne)

matière[343]. Bref, comme le résume René Cassin, dans une lettre adressée à Paul Ramadier en septembre 1958 : *« ce malheureux article 13 de la Constitution de 1946 a été constamment violé, malgré l'avis du Conseil d'Etat rédigé par Georges Maleville en 1953 »*[344]. Ces considérations ne sont évidemment pas sans conséquence sur la généalogie et la philosophie initiale du Conseil constitutionnel, « chien de garde de l'Exécutif » selon les termes de Michel Debré (*cf. infra,* n°1094). Jusqu'alors, seules les sections administratives du Conseil d'Etat, étaient gardiennes – autant qu'elles le pouvaient – de la subordination des projets de loi d'habilitation à la Constitution.

2) L'abnégation des sections administratives du Conseil d'Etat

741. Contrairement à la Section du contentieux, les sections administratives du Conseil d'Etat n'hésitent pas à se prononcer sur la constitutionnalité des projets de lois soumis à leur examen. Ce rôle est pleinement assumé par leurs membres[345]. Néanmoins, lorsqu'il délibère en Assemblée générale, l'office du Conseil d'Etat n'est pas de censurer mais de faciliter l'action gouvernementale, dont il cherche à assurer la régularité. Face au constat d'une violation avérée de l'article 13 par un projet de loi, cette tension entre les exigences de légalité et d'opportunité conduit le Conseil d'Etat à rappeler les termes de son avis du 6 février 1953 (a) en cherchant néanmoins à couvrir l'inconstitutionnalité de l'action gouvernementale (b).

---

[343] LIET-VEAUX, G., « Décrets-lois et décrets de crise », *art. cit.,* p.51 ; LAUBADERE, (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* 2e éd., *op. cit.,* p.195 ; MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *art. cit.,* p.59 ; CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.1002 ; DONNEDIEU de VABRES, J., « L'article 13 et les décrets-lois », *art. cit.* p.138 ; SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la Quatrième République, op. cit.,* p.182 ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* 1ère éd., *op. cit.,* p.502 ; VEDEL, G., *Cours de droit constitutionnel : 1954-1955, op. cit.,* p.805 ; WALINE, M., *Droit administratif,* 7e éd., *op. cit.,* p.122

[344] Lettre manuscrite datée du 2 septembre 1958, 8 pages numérotées ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, Fonds privé René Cassin – AN 382 AP 103, Travaux constitutionnels, 1958-1959, Dossier 1 : correspondance relative au retour au pouvoir du général de Gaulle, 1958, spéc. p.5

[345] v. les propos du conseiller Henry Puget, en Assemblée générale, le 11 avril 1957 : *« Il est bien certain que le Conseil d'Etat au contentieux n'est pas juge de la constitutionnalité d'un organisme de ce genre, mais lorsqu'il convient de statuer, comme le demande le Gouvernement sur le projet de loi qui lui est soumis, il lui appartient, comme il l'a déjà fait précédemment, de faire observer qu'il y a des dispositions de ce projet de loi qui vont à l'encontre des dispositions de la Constitution. »* (CE, Assemblée générale, 11 avril 1957, « Projet de loi fixant les principes de la politique agricole », n°271911 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/460 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/23, dossier n°35, spéc. p.24

a) Le rappel de l'avis du 6 février 1953

742. Les *« tourmentes »*[346] (G. Elgey) de la fin de la IVe République conduisent l'Exécutif à solliciter du Parlement des habilitations extrêmement larges. Leur inconstitutionnalité n'est pas douteuse. Au stade de leur élaboration, ou de leur interprétation, les sections administratives du Conseil d'Etat attirent (le plus souvent sans succès) l'attention du Gouvernement sur la violation de l'article 13 de la Constitution de 1946 et rappellent – par acquit de conscience – les conditions de constitutionnalité fixées par l'avis du 6 février 1953.

743. Une séance du 19 janvier 1956 l'illustre avec pertinence. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat est saisie par la présidence du conseil de la question de savoir si les dispositions de la loi du 28 novembre 1955, relative à la lutte contre l'alcoolisme, autorisent le Gouvernement à modifier la législation fiscale[347]. La réponse est d'ordre constitutionnel. Dans le silence de ses dispositions, faut-il interpréter la loi du 28 novembre 1955 comme autorisant le Gouvernement à édicter toute espèce de mesure, sur toute espèce de matières (notamment celles réservées à la loi par la tradition républicaine) ? Faut-il, à l'inverse, présumer le respect de la Constitution par la loi, en interprétant ses dispositions conformément à l'avis du 6 février 1953 ? L'Assemblée générale est embarrassée[348] ; les exigences de constitutionnalité heurtent les impératifs d'opportunité. La première hypothèse aboutirait à admettre la violation de la Constitution et nier la portée de son article 13, mais permettrait au Gouvernement d'agir librement en matière fiscale (ce à quoi il tient absolument[349]). La seconde hypothèse priverait le Gouvernement de ses pouvoirs fiscaux, mais préserverait la pureté des principes constitutionnels. Ne souhaitant se résigner ni à l'une, ni à l'autre de ces deux solutions, l'Assemblée générale décide de ne pas trancher la question, et s'en tient au rappel général des termes de son avis du 6 février 1953. Pierre Laroque admet

---

[346] ELGEY, G., *Histoire de la IVe République. La République des tourmentes, 1954-1959, op. cit.*

[347] CE, Assemblée générale, 19 janvier 1956, « Demande d'avis sur l'interprétation des alinéas 2 et 3 de l'article 2, de la loi n°55-1539 du 28 novembre 1955 relative à la qualification des bouilleurs de cru, et notamment, les pouvoirs accordés par cette loi au Gouvernement », n°268543 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/402 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/21, dossier n°2.

[348] En témoignent les vifs échanges entre les partisans de l'interprétation neutralisante de la loi (Pierre Laroque notamment), et ceux de l'interprétation conforme (Henry Puget) (Comptes-rendus des débats, p.15-16 et p.19)

[349] v. les propos du représentant du Gouvernement devant l'Assemblée générale : *« Je crois qu'il n'est pas indispensable que le Conseil d'Etat entre dans trop de détails sur les limites à accorder au Gouvernement, mais il suffit de se borner à établir les lignes générales (...). Je crois qu'il ne faudrait pas que la formule de l'avis dise que le Gouvernement n'a aucune possibilité en matière fiscale, car je suis convaincu que cela serait contraire aux désirs du législateur. Il me semble donc impensable que le Gouvernement n'ait pas le droit de toucher à la loi sur les bouilleurs de cru. »* (Compte-rendu des débats, p.12)

que *« ce n'est pas là une solution très courageuse »*[350]. Cet épisode est caractéristique des dernières années de la IVe République. Les sections administratives sont impuissantes à assurer la sanction constitutionnelle de l'article 13 de la Constitution de 1946.

744. Un autre exemple illustre l'abnégation des sections administratives devant les nécessités de l'action gouvernementale. Le 14 juin 1956, l'Assemblée générale est saisie par le Gouvernement Mollet d'un projet de loi tendant à favoriser la construction de logements[351]. D'emblée, la discussion s'engage sur le terrain constitutionnel. Les conseillers d'Etat sont unanimes à reconnaître la violation de l'article 13 : le projet préparé par le Gouvernement s'apparente à un blanc-seing[352]. Mais il est difficile pour l'Assemblée générale de s'en tenir à une condamnation de principe. Afin de ne pas priver le Gouvernement de précieux moyens d'action, elle décide d'approuver le projet et d'examiner les articles au fond. Par acquit de conscience, elle rappelle les termes de son avis du 6 février 1953[353], et en joint un exemplaire au Gouvernement par retour de courrier. La situation se reproduit à l'identique, le 11 avril 1957, à l'occasion de l'examen par l'Assemblée générale du projet de loi fixant les principes de la politique agricole[354]. Le rapporteur, Philippe Renaudin, invite ses collègues à retenir la même solution[355]. Comme en 1956, le Conseil d'Etat refuse cependant de s'en tenir à une

---

[350] *ibid.,* p.19

[351] CE, Assemblée générale, 14 juin 1956, « Projet de loi tendant à favoriser la construction de logements », n°269630 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/418 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/22, dossier n°53

[352] Pour Henry Puget, *« une fois de plus, nous sommes en présence d'un texte qui est certainement anticonstitutionnel. Il viole ouvertement l'article 13 de la Constitution (...) et il méconnaît cette disposition dans des matières qui, jusqu'à présent, avaient été presque totalement à l'abri des emprises de l'Exécutif, tant en ce qui concerne les droits civils, le droit de propriété que, pour ne citer qu'un exemple, le régime de l'expropriation. (...) De nombreuses dispositions demeurent extrêmement vagues (...) et donnent en réalité au Gouvernement un blanc-seing absolu. »* (Compte-rendu des débats, p.6) ; pour Pierre Laroque, *« il est bien certain que sous l'angle juridique il est difficile de concilier le texte présenté avec l'article 13 de la Constitution. (...) Ce texte* [nda : le projet de loi soumis au Conseil d'Etat], *définit des vues extrêmement vagues, qui permettent au Gouvernement de prendre des mesures diverses, modifier toutes les législations en toutes matières en vue d'atteindre ses buts, or, tout cela est contraire à l'article 13. »* (*ibid.,* p.7-8) ; pour le président Josse : *« dès la première discussion en Sections réunies, j'ai indiqué que je ne me chargeais pas d'expliquer comment ce texte pouvait se concilier avec l'article 13 de la Constitution. (...) Il n'y a absolument aucun doute, il est en violation formelle avec l'article 13. Il contient en effet des articles qui donnent un blanc-seing dans des matières qui sont du domaine de la loi. »* (*ibid.,* p.8-9)

[353] On lit, dans la note, adoptée le 14 juin 1956 : *« Le Conseil d'Etat, saisi par le Gouvernement d'un projet de loi tendant à favoriser la construction de logements croit devoir rappeler les termes de son avis, en date du 6 février 1953, relatif aux limites que l'article 13 de la Constitution apporte aux pouvoirs du législateur ; un exemplaire de cet avis est joint à la présente note. Le Conseil a cependant examiné le projet au fond, et il l'a adopté sous réserve des modifications et observations suivantes : (...) »* (on souligne)

[354] CE, Assemblée générale, 11 avril 1957, « Projet de loi fixant les principes de la politique agricole », n°271911 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/460 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/23, dossier n°35

[355] *« Sans doute, voudrez-vous, comme vous l'avez fait, lors de l'examen du projet de loi tendant à favoriser la construction de logements, rappeler les termes de votre avis du 6 février 1953 relatif aux limites que cet article constitutionnel apporte aux pouvoirs du législateur. »* (Compte-rendu des débats, p.1)

condamnation de principe et, en reproduisant *in extenso,* dans sa note, les termes de son avis du 6 février 1953, décide d'adopter le projet[356].

745. A la fin de la IVe République, cette tension entre la légalité constitutionnelle et l'opportunité des lois d'habilitation se résout systématiquement à la faveur de la seconde. Les sections administratives n'ont ni les moyens, ni pour rôle, d'assurer le respect de l'article 13 de la Constitution de 1946, tel qu'interprété par l'avis du 6 février 1953. Au mieux, peuvent-elles rappeler au Gouvernement les termes de cet avis. Il leur appartient, en revanche, d'assurer la régularité de l'action gouvernementale. Ainsi s'explique le retour en force de la ratification-validation.

b) Le retour en force de la ratification-validation

746. Parce qu'elles rappelaient la théorie civiliste du mandat, et entretenaient l'idée de l'irrégularité congénitale des décrets-lois, les clauses de ratifications ont été neutralisées par la doctrine et le Conseil d'Etat dès les lendemains de la Première guerre mondiale (*cf. supra,* n°656 s.). Sous la IVe République, le sentiment de renouer avec des pratiques inconstitutionnelles conduit *ipso facto* au retour en force des clauses de ratification, pensées comme de véritables « validations législatives » des décrets-lois dont on suspecte la nullité. Avant l'avis du 6 février 1953, ces considérations conduisent l'Assemblée générale à insérer des clauses de ratification dans différents projets de lois, perçus comme contraires à l'article 13 de la Constitution. La situation se présente en ces termes le 13 janvier 1948, à l'occasion de l'examen du projet de loi fixant les cadres et effectifs militaires[357]. L'article 6 du projet autorise le Gouvernement à modifier la répartition des effectifs de base entre les trois armées par décrets. Dans sa note, le Conseil d'Etat a estimé que :

> « conformément à l'esprit de la Constitution, le Parlement ne peut pas ne pas être informé des modifications apportées à des dispositions législatives aussi importantes parce que touchant à la conception et à la conduite de la guerre. (…) Le Conseil d'Etat a jugé indispensable de compléter le texte de l'article 6 qui lui était soumis en mettant le Gouvernement dans l'obligation de <u>rendre compte au</u>

[356] *« Le Conseil d'Etat, saisi par le Gouvernement d'un projet de loi fixant les principes de la politique agricole, croit devoir rappeler les termes de son avis, en date du 6 février 1953, relatif aux limites que l'article 13 de la Constitution apporte aux pouvoirs du législateur ;* [suit le rappel des termes de l'avis]. *Dans l'hypothèse où le Gouvernement estimerait que cette objection d'ordre constitutionnel ne porterait pas pour les nombreux décrets auxquels renvoie le projet de loi – décret dont le contenu exact ne peut être actuellement délimité –, le Conseil d'Etat a examiné le projet au fond ; il l'a adopté sous réserve des modifications et observations suivantes (...) »*

[357] CE, Assemblée générale, 13 janvier 1948, « Projet de loi fixant les cadres et effectifs militaires », n°242882 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/61 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/6

Parlement de la modification apportée par décret dans un délai de 40 jours à dater de la publication du décret. » (on souligne)

On mesure combien, dans cette espèce, la ratification change de sens par rapport à la situation classique des décrets-lois ; elle n'est pas pensée comme une simple *conversion* d'un décret en loi, mais comme un moyen de *purger* une inconstitutionnalité originelle en rétablissant *a posteriori* l'ordre constitutionnel des compétences.

747. A la fin de la IVe République, le constat des violations de l'article 13, tel qu'interprété par l'avis du 6 février 1953 conduit à des solutions semblables. Ainsi, le 11 avril 1957, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat corrige en ce sens le projet de loi fixant les principes de la politique agricole (*cf. supra,* n°744) ; elle y ajoute une clause de ratification non prévue par le texte initial, aux termes de laquelle les décrets ne deviendront exécutoires que six mois après leur dépôt pour ratification[358]. La formulation de cette clause – introduite par le Conseil d'Etat – diffère profondément de celles qui figurent classiquement dans les lois d'habilitation. Elle prouve que la ratification ne s'apparente plus à une simple clause de conversion en loi, mais redevient une véritable condition de validité des décrets-lois à intervenir ; ceux-ci, irréguliers dès l'origine, n'entreront en vigueur *qu'après* leur ratification.

748. Ces violations répétées de l'article 13 de la Constitution de 1946 conduisent progressivement à en penser la révision.

B- LA NECESSAIRE REVISION DE L'ARTICLE 13 DE LA CONSTITUTION DE 1946

749. L'histoire de l'article 13 de la Constitution de 1946 est celle de sa violation. Ainsi l'article 13 se retrouve-t-il progressivement au cœur du révisionnisme constitutionnel de la IVe République[359]. Appelée de ses vœux presque unanimement (1), sa révision est mise à l'ordre du jour par le ministère Pflimlin en mai 1958 (2).

---

[358] L'Assemblée générale ajoute un article final au projet de loi prévoyant que : *« [Tous les décrets pris en application de cette loi] devront être déposés pour ratification sur le bureau de l'Assemblée nationale dans un délai de deux ans à partir de la promulgation de la présente loi ; chacun de ces décrets deviendra exécutoire six mois après le dépôt qui en sera fait. »* (on souligne) (*cf. supra,* les références du dossier, n°744, note n°354)

[359] Sur le révisionnisme constitutionnel sous la IVe République, v., FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.558 et s. ; v. aussi CARTIER, E., « La Ve République doit-elle aux projets avortés de réforme de la IVe République ? », *in : Les compromis implicites de la Ve République,* Colloque organisé par la fondation Charles de Gaulle, en partenariat avec l'ENA, l'ENS et PSL, 20 et 21 septembre 2018, [Actes à paraître]

1) Une révision presque unanimement souhaitée

750. La révision de l'article 13 n'a pas seulement pour objectif de conférer une base constitutionnelle incontestable, et un cadre d'exercice, à la pratique des décrets-lois. Elle est surtout un symbole du renforcement de l'Exécutif. Elle est donc presque unanimement souhaitée par les partis politiques (a) et la doctrine constitutionnelle (b).

a) Une révision souhaitée par tous les partis politiques

751. La timidité inattendue du RPF. A la faveur de l'exercice quasi personnel du pouvoir par le général de Gaulle de 1940 à 1944, émerge une pensée constitutionnelle gaulliste favorable à l'émancipation du pouvoir réglementaire (*cf. supra,* n°230 s. et n°270 s.). En 1946, la promulgation de la nouvelle Constitution marque évidemment la fin des espoirs de voir advenir les institutions espérées. Le réformisme gaulliste ne disparaît pas pour autant ; il trouve une nouvelle expression au sein de la commission chargée des questions constitutionnelles du Rassemblement du Peuple Français (RPF) à partir de 1947. Force est pourtant de constater que – contrairement à ce que l'on pourrait (et que l'on avait) imaginé – la question du pouvoir réglementaire ne figure pas véritablement au cœur du réformisme du RPF. La question est néanmoins expressément abordée, en 1951, par Michel Debré, dans son rapport au 4e Conseil national[360]. Dressant le constat qu'il *« n'est pas de gouvernement sans décrets-lois »*, et dans l'attente d'une détermination future des domaines de la loi et du règlement, il propose l'abrogation pure et simple de l'article 13[361]. Une motion est adoptée en ce sens. En 1953, c'est Marcel Waline qui propose au Conseil national du RPF la révision de l'article 13 pour mettre en conformité le droit et la pratique[362]. Rien d'étonnant de la part de ce défenseur du positivisme juridique (*cf. supra,* n°599 s.). Malgré cela, il faut bien avouer que les gaullistes demeurent – à cette époque – davantage intéressés par la stabilisation

[360] « Rapport sur la réforme de l'Etat et la révision constitutionnelle présenté par Michel Debré » (5 pages dactylographiées), Rassemblement du peuple français, Conseil national – 4e session de 1950-1951, 2-4 novembre 1951, Saint-Mandé ; Archives du Rassemblement du peuple français – Institut d'Etudes Politiques de Paris, cote COL4°0276 (1951-4)

[361] *« Voilà, semble-t-il, ce qui semble indispensable : (...) d) à titre exceptionnel, et en attendant les réformes définitives qui rendront à chaque organe son véritable rôle, abroger l'article qui interdit à l'Assemblée nationale de déléguer son droit de légiférer. Dans le cadre de la constitution actuelle, il n'est pas de gouvernement sans « décrets-lois ». »* (p.4)

[362] « Rapport sur la révision de la Constitution présenté par Marcel Waline » (10 pages dactylographiées), Rassemblement du peuple français, Conseil national – 1ère session de 1953, 27-28 fév. - 1er mars 1953, Levallois-Perret ; Archives du Rassemblement du peuple français – Institut d'Etudes Politiques de Paris, cote COL4°0276 (1953-1). *« Il faut également réviser l'article 13 de la Constitution (...) parce qu'il apparaît que cette disposition subit des violations presque continuelles. Il est préférable de réformer franchement la Constitution que de la transgresser systématiquement. »* (p.8)

organique de l'Exécutif, que par son renforcement fonctionnel. La question du pouvoir réglementaire n'apparaîtra d'ailleurs qu'assez tardivement dans les travaux constituants de 1958 (*cf. infra,* n°1067 s.).

752. Une révision éclipsée du premier train. Paradoxalement, c'est à l'heure de l'essoufflement du RPF, au cours de l'année 1953, que s'engage le véritable réformisme constitutionnel sous la IVe République. René Mayer en fait un élément central de son programme d'investiture et sollicite l'avis du Conseil d'Etat sur l'interprétation de l'article 90 de la Constitution et l'étendue des pouvoirs du Gouvernement en la matière (second avis du 6 février 1953, *cf. supra,* n°684, note n°218). La question de la révision de l'article 13 ne se pose pas d'emblée. A cette date, les décrets-lois sont encore présentés comme des aménagements de la procédure législative et la théorie des « matières réglementaires par nature » permet, depuis le 17 août 1948, de maintenir la fiction du respect de cette disposition constitutionnelle (*cf. supra*, n°582 s.). Aussi, n'est-il pas étonnant que le rapport présenté par le député Joseph Defos du Rau, au nom de la Commission du suffrage universel et des lois constitutionnelles, présidée par Marcel Prélot, le 2 juillet 1953 soit silencieux sur la question[363]. Pour la Commission, *« ce n'est pas le moment d'en débattre »*[364] ; à ses yeux, ce n'est pas tant l'article 13 qu'il faut réviser que les domaines de la loi et du règlement qu'il faudra, un jour, déterminer. Pour l'heure, seuls les communistes et les gaullistes de l'URAS consacrent une partie de leurs propositions de révision à la question des décrets-lois : les premiers entendent sans surprise compléter l'article 13 par une disposition qui les interdit expressément[365], les seconds plaident à l'inverse pour consacrer leur existence constitutionnelle en modifiant en ce sens l'article 13[366]. Ces projets sont écartés par la

---

[363] DEFOS DU RAU, J., « Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel et des lois constitutionnelles », J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 2 juillet 1953, annexe n°6431, p.998

[364] v. les propos du rapporteur Defos du Rau : *« Le jour venu, il faudrait peut-être se garder d'une confusion et poser le problème dans ses termes exacts. S'agirait-il vraiment de dépouiller les Assemblées de leur pouvoir législatif ? (…) A mon très humble avis, le problème serait ainsi mal posé. N'est-il pas possible, d'ores et déjà en effet – ce à quoi l'article 13 ne s'oppose certainement pas de distinguer plus nettement que par le passé le domaine réglementaire du domaine législatif, de les définir plus exactement en établissant entre eux une vraie ligne de démarcation ? Peut-être cela vaudrait-il mieux que d'employer l'expression, tout de même équivoque, de « décrets-lois » ou de « pleins pouvoirs », qui donnent à penser que l'un des pouvoirs voudrait ou pourrait absorber l'autre ? »* (J.O.D.P., Assemblée nationale, n°58, page 3532 – 2e séance du 16 juillet 1953) On voit comment l'idée d'une délimitation des domaines législatif et réglementaire émerge progressivement comme une alternative au système des décrets-lois, sans porter atteinte à l'article 13. (*cf. infra,* titre 2, chapitre 1).

[365] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 14 janvier 1953, annexe n°5288, p.12 : *« Modifier l'article 13 en ajoutant l'alinéa suivant : « En aucun cas l'autorisation de prendre des décrets-lois ne peut être accordée au Gouvernement. » »* (p.13)

[366] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 21 juillet 1953, annexe n°6572, p.1166 : *« L'expérience montre qu'il n'est pas possible de gouverner sans décrets-lois, et sans pouvoirs spéciaux. Malgré les subtilités des « légistes »* [nda : il s'agit sans doute d'une référence à la théorie du pouvoir réglementaire par

Commission du suffrage universel et, on le sait, aucune référence aux décrets-lois ne figure dans le texte de la révision constitutionnelle du 7 décembre 1954.

753. Une révision au cœur du second train. Depuis quelques mois pourtant, la question des décrets-lois ressurgit au cœur du débat constitutionnel ; depuis juillet 1953 (quelques jours après le premier rapport Defos du Rau), les lois de pleins-pouvoirs sont réapparues au profit des ministères Laniel (loi du 11 juillet 1953), Mendès France (loi du 14 août 1954) et bientôt Faure (loi du 2 avril 1955). A peine la révision est-elle entrée en vigueur que l'on en souligne déjà les *« lacunes »* [367] ; parmi *« ce qu'il reste à faire »*[368] – selon les termes de Marcel Prélot – figure la question de la révision de l'article 13. Contrairement à la période antérieure (1950-1953), le réformisme qui s'engage à partir de 1954 y consacre davantage d'importance. Cependant, la réforme constitutionnelle, relancée par Edgar Faure en mai 1955, se concentre dans un premier temps sur la seule révision de l'article 90 de la Constitution, dont les lourdeurs procédurales – renforcées par le retour de la navette parlementaire depuis décembre 1954 – rendent incertaines toute autre modification constitutionnelle. Rien d'étonnant de constater que la question des décrets-lois ne figure, pas plus qu'en 1953, dans le rapport établi au printemps 1955 par Defos du Rau au nom de la Commission du suffrage universel et des lois constitutionnelles[369]. Parallèlement – et à partir de cette date – les propositions de résolution tendant à la modification de l'article 13 de la Constitution se multiplient, et proviennent de tous les bancs. Dès mars 1955, Paul Reynaud – dont on connaît les positions sur les décrets-lois (*cf. supra,* n°186, et n°316) – et plusieurs députés de l'UDSR, des indépendants et des paysans proposent l'abrogation de l'interdiction faite à l'Assemblée nationale de déléguer son droit de voter la loi[370]. De 1956 à 1958, on compte de nombreuses

---

nature et à l'avis du 6 février 1953], *les pouvoirs spéciaux accordés à l'actuel Gouvernement ne paraissent compatibles ni avec la lettre, ni avec l'esprit de l'actuel article 13. Il importe de mettre au plus vite la Constitution en accord avec les faits et les nécessités gouvernementales. »* (p.1166)

[367] PRELOT, M., « Après la révision constitutionnelle du 7 décembre 1954. Ce qu'il reste à faire », *Monde nouveau,* mai-juin 1955, p.1-19, spéc. p.9

[368] *ibid.*

[369] DEFOS DU RAU, J., « Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel et des lois constitutionnelles », J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 13 mai 1955, annexe n°10737, p.872

[370] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 15 mars 1955, annexe n°10412, p.613 *« Deuxième réforme : délégations de pouvoir à l'exécutif (...) Dans le même domaine du nécessaire renforcement des pouvoirs de l'exécutif, nous sommes dans l'obligation de constater que, dans les circonstances actuelles – peut-être seront-elles plus graves un jour – l'interdiction adressée par l'article 13 de la Constitution à l'Assemblée nationale de déléguer une partie de ses pouvoirs, qu'elles que soient les circonstances, ne peut être respectée et qu'elle ne l'est pas. (...) Dans ces conditions, il importe à la dignité du régime comme au bien de l'Etat de supprimer dans l'article 13 la seconde phrase (...) »* (p.614) La même proposition sera formulée par les mêmes députés – cette façon d'une façon positive – en mai 1958 : *« Le problème est de renforcer les pouvoirs de l'exécutif. Pour cela (...) : permettre à l'Assemblée nationale de déléguer son pouvoir législatif au Gouvernement, ce qui est aujourd'hui interdit par l'article 13 de la Constitution. En effet, c'est grâce au pouvoir*

propositions de résolutions dont la plupart, loin de se satisfaire d'une simple abrogation de l'article 13 [371], en proposent une véritable réécriture, aspirant à conférer un cadre constitutionnel à l'exercice de la législation déléguée ; il en est notamment ainsi du projet Républicain radical et radical-socialiste[372] et du projet du MRP (présenté par Paul Coste-Floret)[373] qui – consacrant les solutions appliquées en jurisprudence et préconisées par le Conseil d'Etat dans l'avis du 6 février 1953 – inspireront directement le projet de loi constitutionnelle du ministère Pflimlin en mai 1958 (*cf. infra,* n°758).

754. D'autres projets, dont celui du groupe des paysans d'action sociale (futur CNIP), refusent l'idée de constitutionnaliser la pratique des décrets-lois et préfèrent plaider pour la détermination des domaines de la loi et du règlement[374]. Plusieurs propositions de loi sont déposées en ce sens à partir de 1956 par le groupe des paysans d'action sociale ; la plus connue est celle du député Guy Petit *« tendant à opérer un classement de principe des matières législatives par nature et à définir le domaine et les modalités du pouvoir réglementaire »*[375], mais on doit aussi mentionner la proposition d'Aimé Paquet *« tendant à permettre un classement des initiatives des membres de l'Assemblée nationale selon leur caractère légal ou réglementaire »*[376] qui, après avoir défini le domaine de la loi, entend autoriser le Président de l'Assemblée nationale à opposer l'irrecevabilité à toute proposition de loi qui entrerait dans le domaine ainsi laissé au pouvoir réglementaire. (Ces propositions sont étudiées aux n°1006 et s.). Ainsi, à la veille de l'été 1958, la grande majorité des députés de la droite et du centre sont disposés à la révision de l'article 13, ce dont témoigne l'avis favorable rendu par la Commission du suffrage universel et des lois constitutionnelles au sujet

---

ainsi délégué qu'ont été réalisés les redressements d'entre les deux guerres ». (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 20 mai 1958, annexe n°7179, p.1806)

[371] v., par exemple, le projet du RGR (centre droit) qui appelle encore à l'abrogation pure et simple de l'article 13 (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 16 février 1956, annexe n°510, p.279).

[372] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 6 juin 1956, annexe n°2076, p.1679

[373] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 17 janvier 1957, annexe n°3802, p.1253

[374] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 5 décembre 1957, annexe n°6078, p.186 : *« Le rôle du Parlement, à notre sens, c'est d'inscrire dans la loi des principes de base. Au Gouvernement de prendre les textes d'application sur lesquels nous conserverons, bien entendu, un droit de regard. Généralisons donc franchement la pratique des lois-cadre et conférons un caractère réglementaire à tout ce qui concerne leur interprétation. (...)»* ; v. aussi, J.O.R.F., Documents du Conseil de la République, séance du 29 novembre 1955, annexe n°210, p.138

[375] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 22 mars 1956, annexe n°1361, p.904

[376] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 14 février 1957, annexe n°4167, p.1483

de la résolution de révision de cet article (parmi d'autres) le 26 mai 1958, adoptée à 408 voix contre 165 le 27 mai[377].

755. La fécondité étonnante des projets de la SFIO. Alors qu'ils figuraient parmi les adversaires historiques des décrets-lois (en témoigne encore la position de Félix Gouin en 1946 *cf. supra,* n°177 s., n°294 s., n°308 s.), les socialistes contribuent avec la plus grande fécondité à la réflexion constitutionnelle sur la législation gouvernementale à la fin de la IVe République. Guy Mollet est d'ailleurs un acteur majeur du ralliement des socialistes à la Ve République[378]. Dès son arrivée à la présidence du conseil en février 1956, il se prononce pour la réforme des institutions et en confie l'étude à André Chandernagor, son conseiller technique pour les questions institutionnelles, maître des requêtes au Conseil d'Etat. En octobre 1956, celui-ci élabore un « catalogue sommaire de mesures destinées à renforcer l'Exécutif »[379], largement inspiré d'une note éponyme rédigée par son collègue Jérôme Solal-Céligny[380], chef de cabinet au SGG, également maître des requêtes au Conseil d'Etat. L'auteur y propose, en particulier, de *« faciliter l'obtention par le Gouvernement des moyens d'action qui lui sont indispensables »,* en constitutionnalisant la pratique des décrets-lois, par l'adjonction d'un article 13 bis à la Constitution[381]. Les lois de pleins-pouvoirs y apparaissent comme de *« véritables contrats entre le Gouvernement et sa majorité »*[382], conclus pour deux ans, sauf dissolution ou motion de censure. Cette proposition révèle combien la théorie du « contrat de législature » (ou « contrat d'investiture ») – imaginée et inaugurée par Pierre

---

[377] COSTE-FLORET, P., « Rapport fait au nom de la commission du suffrage universel et des lois constitutionnelles », J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 26 mai 1958, annexe n°7196 ; J.O.D.P., Assemblée nationale, n°53, page 2542 – séance du 27 mai 1958.

[378] v. MAUS, D., « Guy Mollet et l'élaboration de la Constitution de 1958 », *in :* MAUS, D., *Etudes sur la Constitution de la Ve République : la mise en place, la pratique,* Paris : STH, 1990, 301 pages, spéc. p.55-66

[379] « Catalogue sommaire de mesures destinées à renforcer l'Exécutif » (9 pages dactylographiées) ; Archives André Chandernagor : 62 APO 1, Dossier 3 : Révision de la constitution – Office universitaire de recherche socialiste, Paris.

[380] Cette note est reproduite par Didier Maus, *in :* MAUS, D., « Renforcer l'exécutif : les propositions de Jérôme Solal-Céligny », *in :* MELIN-SOUCRAMANIEN, F., POUILLE, A., (dir.), *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff : la Constitution et les valeurs,* Paris : Dalloz, 2005, 615 pages, spéc. p.471-484

[381] « Adjonction d'un article 13 bis, première formule » (document dactylographié) ; Archives André Chandernagor : 62 APO 1, Dossier 3 : Révision de la constitution – Office universitaire de recherche socialiste, Paris. **(*cf.* l'extrait reproduit en Annexe n°22)**

[382] *« En votant l'octroi de pleins pouvoirs à un Gouvernement déterminé, l'Assemblée lui marque sa confiance dans un secteur donné. Il faut que cette confiance puisse être accordée pour une assez longue durée (par exemple, deux ans). Il faut surtout que ce vote portant sur la réalisation d'un programme défini avec précision par les termes mêmes de la loi-cadre ne soit pas remis en question à tout moment. »* (« Propositions concernant la révision constitutionnelle en cours », 6 décembre 1956 (3 pages dactylographiées) ; Archives André Chandernagor : 62 APO 1, Dossier 3 : Révision de la constitution – Office universitaire de recherche socialiste, Paris.) **(*cf.* l'extrait reproduit en Annexe n°22)**

Mendès France en juin 1953 et juin 1954[383] – se popularise jusque dans les rangs de la SFIO à l'occasion du second train de la réforme constitutionnelle. Elle est reprise à son compte par le MRP et figure parmi les propositions alternatives aux projets d'articles 34 et 37 au cours du processus constituant de l'été 1958 (*cf. infra,* n°1069). Le projet Chandernagor n'est jamais officiellement formalisé, mais trouvera – s'agissant de l'article 13 – une consécration presque parfaite dans la proposition déposée par le MRP, en janvier 1957 et, un an plus tard, dans le projet de révision Pflimlin (*cf. infra*, n°757 s.). Quant à André Chandernagor et Jérôme Solal-Céligny, ils deviendront des acteurs incontournables de l'écriture du texte constitutionnel de 1958, l'un comme conseiller technique de Guy Mollet, l'autre comme conseiller technique de Michel Debré, et rapporteur-adjoint du projet de Constitution devant le Conseil d'Etat.

b) Une révision relayée en doctrine

756. Ce réformisme constitutionnel, dont l'importance ne cesse de s'accroître à la fin de la IVe République, est relayé – sinon initié – par la doctrine constitutionnelle[384]. Pierre Avril parle à ce propos d'un *« réformisme des professeurs »*[385]. Comme on l'a observé s'agissant des propositions politiques, la question de la révision de l'article 13 ne se pose pas d'emblée dans le champ universitaire ; la période 1948-1953 est celle du constat de sa violation. Celle de sa révision n'émerge qu'à partir de 1954, à la faveur du retour en force des décrets-lois avec les pleins-pouvoirs Laniel et Mendès France. Au printemps 1954, André de Laubadère avance timidement l'idée d'une réforme et appelle à reconsidérer les rapports entre l'Exécutif et le Parlement dans l'exercice de la fonction primaire de législation[386]. En été, l'Association française de science politique organise, sous la direction de François Goguel (qui n'est pourtant pas universitaire), un important colloque consacré au *Travail parlementaire* dans une perspective comparatiste (France, Grande-Bretagne, Etats-Unis, Suisse)[387]. Ce colloque révèle, à l'aune des expériences étrangères, les nécessités d'une réforme ; les critiques adressées à la pratique française depuis 1946 (pouvoir réglementaire par nature, décrets-lois

[383] v. les propos de Pierre Mendès France, devant l'Assemblée nationale, à l'occasion de son discours d'investiture (infructueux), le 3 juin 1953 (J.O.D.P., Assemblée nationale, page 2909 – séance du 3 juin 1953) ; v. encore les propos tenus lors de son discours d'investiture (fructeux) du 17 juin 1954 (J.O.D.P., Assemblée nationale, n°55, page 2993 – séance du 17 juin 1954) ; v., sur cette question, STASSE, F., *L'héritage de Mendès France : une éthique de la République,* Paris : Seuil, 2004, 152 pages, spéc. p.55 et s. et p.60 et s.

[384] v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.594 et s.

[385] AVRIL, P., « Le rôle de la doctrine lors du passage de la IVe à la Ve République », *in :* HECQUARD-THERON, M., (dir.), *Les facultés de droit inspiratrices du droit ?,* Toulouse : PSST, 2005, 234 pages, spéc. p.197-201

[386] LAUBADERE (de), A., « L'article 13 », *art. cit.,* p.472.

[387] v., les actes publiés dans la *Revue française de science politique,* n°4, octobre-décembre 1954, p.674-868

etc.) conduisent le rapporteur français, Georges Galichon, à proposer *« une répartition plus rationnelle des tâches entre le législatif et l'exécutif »,* allant jusqu'à la définition d'un domaine maximum de la loi[388]. L'idée d'une refonte de l'article 13 est avancée au cours du colloque par Marcel Prélot, qui se présente lui-même comme un *« révisionniste décidé »*[389]. Il est l'un des premiers à regretter les insuffisances de la réforme constitutionnelle du 7 décembre 1954 et, dès le printemps 1955, expose *« ce qu'il reste à faire »* (*cf. supra,* n°753, note n°367). S'il admet que la Constitution de 1946 s'est déjà modifiée *coutumièrement* sur ce point, il relève qu'une révision formelle de l'article 13 aurait le double avantage de protéger l'Exécutif d'une contestation de l'opinion publique et d'un éventuel recours de l'opposition au Comité constitutionnel[390]. S'inspirant de la pratique britannique et des conclusions du rapport du *Donoughmore Committe* de 1932*,* il propose une nouvelle rédaction de l'article 13 autorisant les recours aux décrets-lois, en limitant les habilitations législatives à certaines matières[391]. Par la suite, Georges Vedel, Julien Laferrière et Marcel Waline, face à ce qu'ils considèrent comme des violations incessantes de l'article 13[392], en proposent à leur tour la révision. Cette question n'est pourtant ni mentionnée par Georges Vedel dans son rapport au Comité d'études pour la République[393], ni par Maurice Duverger dans ses nombreuses tribunes dans les colonnes du *Monde*[394], dont les propos sont davantage centrés sur les considérations organiques du renforcement de l'Exécutif. Quoi qu'il en soit, c'est la volonté d'aligner le droit sur les pratiques *contra constitutionem*, et d'encadrer l'usage des « pleins pouvoirs », qui justifie la révision de l'article 13. Le projet Pflimlin, de mai 1958, réceptionne l'héritage de cette pensée réformiste.

---

388 GALICHON, G., « Aspects de la procédure législative en France », *ibid.,* p.807

389 PRELOT, M., « L'évolution constitutionnelle de la IVe République (1946-1956) », *art. cit.,* p.6

390 PRELOT, M., « Ce qu'il reste à faire », *art. cit.,* p.10

391 *ibid.,* p.11. Les conclusions du Comité *Donoughmore,* auxquelles Prélot se réfèrent, proposaient d'exclure du champ des habilitations les matières qui touchent aux libertés individuelles.

392 VEDEL, G., *Cours de droit constitutionnel : 1954-1955, op. cit.,* p.805-806 ; LAFERRIERE, J., « La législation déléguée en Angleterre et le contrôle de son exercice par le Parlement », *art. cit.,* p.355-356 ; WALINE, M., *Droit administratif,* 7e éd., *op. cit.,* p.124.

393 VEDEL, G., « L'instabilité gouvernementale » : rapport / présenté par M. Georges Vedel au nom de la Commission de la réforme de l'Etat du CER ; Comité d'études pour la République, Louviers : impr. Gutenberg, 1956, 20 pages, suppl. du n°130 de mai 1956 de la *Revue Banque et Bourse rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., *Pages de doctrine, 1. Aux sources du droit, l'Etat et la politique, op. cit.,* p.443-470

394 DUVERGER, M., « Un véritable régime parlementaire », *Le Monde,* 13 avril 1956 ; DUVERGER, M., « Vers la réforme du régime », *Le Monde,* 7 mai 1956

2) Une révision avortée de l'article 13 : le projet de Pierre Pflimlin

757. Le second train du réformisme constitutionnel de la IVe République, engagé à partir de 1955, aurait dû conduire à la révision de l'article 13. Les évènements de mai 1958 ne lui donnent pas le temps d'aboutir. Si le projet de Félix Gaillard – déposé le 16 janvier 1958 et adopté par l'Assemblée nationale le 21 mars[395] – demeure silencieux sur la question des pouvoirs du Gouvernement[396], le projet Pflimlin, préparé dans la lignée des propositions de résolutions déposées en ce sens depuis 1955, prévoit la révision des articles 9, 12 alinéa 2, 13 et 45 de la Constitution de 1946 et aborde directement la question des décrets-lois[397]. Le projet, adopté le 22 mai par le Conseil des ministres, n'est jamais déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale ; il est néanmoins transmis pour avis au Conseil d'Etat qui l'examine le 23 mai[398]. Le projet de révision consacre les acquis de la pratique antérieure et s'inscrit pleinement dans la filiation intellectuelle élaborée depuis l'entre-deux guerres (a). L'Assemblée générale du Conseil d'Etat y donne, sans surprise, son approbation (b).

a) La captation d'un héritage devenu classique

758. Le projet Pflimlin n'innove en rien dans les modifications qu'il entend apporter à l'article 13 de la Constitution de 1946 ; il s'inscrit parfaitement dans l'héritage théorique et pratique élaboré au cours des décennies antérieures[399]. Les quatre alinéas nouveaux, qui viendraient se substituer à la phrase « Elle ne peut déléguer ce droit. », sont directement inspirés du projet déposé par le MRP en janvier 1957 (*cf. supra,* n°753, note n°373) ; ils autorisent l'Assemblée nationale à *habiliter* (le terme est préféré à celui, condamné depuis longtemps, de « délégation ») le Gouvernement à abroger, modifier ou remplacer la législation existante. Les mots rappellent ceux de l'avis du 6 février 1953. La procédure

[395] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 16 janvier 1958, annexe n°6327, p.716 ; J.O.D.P., Assemblée nationale, n°39, page 1860 – séance du 21 mars 1958

[396] Le projet Gaillard s'attache essentiellement à la question de la *stabilité ministérielle* par la réforme des articles 49, 50 et 51 de la Constitution. Le projet prévoit également d'introduire un mécanisme d'irrecevabilité financière des propositions de loi par la réforme de l'article 17.

[397] Le *verbatim,* souvent reproduit, du projet Pflimlin est celui qui figure dans les pages du n°76 de la *Revue Pouvoirs* de janvier 1996 (p.137 et s.) Cette reproduction n'est pourtant pas celle du projet adopté par le Conseil des ministres le 22 mai, ni celle du projet adopté par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 23 mai, mais celle adoptée en Commission par le Conseil d'Etat le matin même. On comprend mal pourquoi cette version a été publiée.

[398] CE, Assemblée générale, 23 mai 1958, « Projet de loi constitutionnelle tendant à la révision des articles 9, 12 al. 2, 13 et 45 de la Constitution », n°274498 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/509 ; Les débats en Assemblée générale sont conservés aux Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/25

[399] *Cf.* l'extrait reproduit en Annexe n°26

envisagée est celle de la double consultation du Conseil des ministres et du Conseil d'Etat, conformément à la pratique constante depuis l'entre-deux-guerres et la Libération. Il est prévu que les décrets soient *immédiatement exécutoires,* témoignage de leur validité *ab initio* en tant qu'actes administratifs. La ratification interviendrait dans le délai d'un an après leur publication au *Journal officiel.* Le projet consacre l'existence d'une réserve de loi, sur les matières mentionnées comme telles par le texte de la Constitution, les libertés publiques, le droit des personnes et la législation électorale ; ce faisant, il consacre la solution retenue par l'avis du 6 février 1953 mais s'en écarte en abandonnant toute référence à la « tradition républicaine » (renvoyant au Préambule de 1946 et à la Déclaration de 1789), hautement critiquée en doctrine et sans doute jugée trop extensive du domaine réservé à la loi. (*cf. infra,* n°912 s.). La seule véritable innovation du projet est la création d'un mécanisme *d'irrecevabilité* (tel qu'il sera consacré à l'article 41 de la Constitution de 1958) permettant au Gouvernement d'opposer son *« veto »* (le terme sera écarté par le Conseil d'Etat) à tout ou partie d'une proposition de loi, d'un amendement ou d'un rapport parlementaires qui interviendrait dans le champ de l'habilitation consentie ; en cas de différend, le projet prévoit l'arbitrage du Comité constitutionnel. Pour innovante qu'elle soit, cette procédure n'est pas inconnue du droit public français ; il s'agit d'une transposition, en droit constitutionnel, du mécanisme d'irrecevabilité financière tel qu'il existe depuis la *loi des maxima* du 31 décembre 1948[400]. L'idée de protéger l'exercice du pouvoir réglementaire figure encore dans plusieurs projets gouvernementaux déposés sous la IVe République (*cf. infra,* n°999 s.). Quant à l'intervention d'un organisme arbitral, sinon juridictionnel, (ici le Comité constitutionnel) pour réguler l'octroi et l'usage des habilitations gouvernementales, on sait qu'elle est perçue comme consubstantielle – depuis l'entre-deux guerres – à la législation gouvernementale elle-même. Le projet Pflimlin est donc la parfaite synthèse de l'héritage, tant politique que juridique, tant théorique que pratique, tant doctrinal que jurisprudentiel, qui conditionnent la constitutionnalité des décrets-lois depuis le début du XXe siècle.

[400] Loi n°48-1973 du 31 décembre 1948 portant fixation pour l'exercice 1949 des maxima des dépenses publiques et évaluation des voies et moyens (J.O.R.F. du 1er janvier 1949, p.2). L'article 16 de cette loi dispose *« qu'aucune mesure législative ou réglementaire susceptible d'entraîner, au-delà des maxima prévus, une dépense nouvelle ou d'accroître une dépense déjà existante ne pourra intervenir sans faire l'objet d'une ouverture de crédits préalable au chapitre budgétaire intéressé et sans qu'aient été dégagées en contre-partie soit des économies, soit des recettes nouvelles d'un montant correspondant. »* Ce mécanisme trouve une consécration constitutionnelle à l'article 40 de l'actuelle Constitution, comme l'indiquait, dès août 1958, le commissaire du Gouvernement Janot devant le Comité consultatif constitutionnel.

b) L'avis favorable de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat

759. Le 23 mai, le Conseil d'Etat examine le projet Pflimlin, d'abord en Commission et puis en Assemblée générale. Cette fois encore, le rapport est confié à Roland Maspétiol et Georges Maleville, deux maîtres des requêtes particulièrement à l'aise sur ces questions constitutionnelles[401]. Le Conseil d'Etat rend un avis favorable ; rien d'étonnant quand on sait combien le projet Pflimlin s'inspire de l'avis du 6 février 1953 (*cf. supra*, n°758). Il y apporte essentiellement des modifications de formes[402] et l'Assemblée générale concentre son examen au fond sur quatre questions :

- La première est relative à *l'acteur habilité* ; le projet gouvernemental prévoyait que l'habilitation fût octroyée au « Gouvernement ». Le Conseil d'Etat est sensible à la *personnalisation* de l'habilitation. Pour Roland Maspétiol, cette solution s'impose pour trois raisons, d'abord il faut *« marquer la prééminence du président du conseil par rapport aux autres ministres »,* conformément à l'évolution souhaitée – et observée – du régime parlementaire, ensuite, il faut mettre le texte en conformité avec l'article 47 de la Constitution, qui fait du président du conseil le titulaire du pouvoir réglementaire général, enfin il faut exprimer l'idée que l'habilitation cesse quand le Gouvernement tombe, c'est-à-dire à la démission du Président du Conseil[403]. Pour ces raisons, l'Assemblée générale considère que le bénéficiaire de l'habilitation est, non le « Gouvernement », mais le « président du conseil ».

- La deuxième question sur laquelle se concentre l'Assemblée générale est celle du délai d'habilitation ; le projet gouvernemental n'en prévoit aucun. Dans l'esprit de Pierre Pflimlin, en effet, la loi d'habilitation est assimilée à un véritable *« contrat de majorité, qui pourrait même devenir un contrat de législature »*[404] ; les pouvoirs en matière législative seront conférés à l'Exécutif pour l'ensemble de la durée de ses fonctions. Cette idée du « contrat de législature » est dans l'air du temps. Elle est le corollaire des révisions engagées visant à assurer la stabilité ministérielle. Elle permet surtout de renouer avec l'essence originelle du régime parlementaire, c'est-à-dire avec l'idée de *confiance* (le *« trust »* lockéen) qui justifie l'autorité et les prérogatives de l'Exécutif[405]. Portée par la gauche et par la

---

[401] Roland Maspétiol est l'auteur d'une étude parue aux *Etudes et Documents du Conseil d'Etat* sur la question (« Le problème de la loi et ses développements récents en droit public français », *EDCE,* 1949, p.50-63). Georges Maleville, rapporteur sur l'avis du 6 février 1953, en est, quant à lui, la véritable plume.

[402] Les modifications apportées par le Conseil d'Etat au projet Pflimlin sont reproduites en Annexe n°27

[403] Compte-rendu des débats, *op. cit.,* p.4-10

[404] J.O.D.P., Assemblée nationale, n°46, page 2253 – séance du 13 mai 1958

[405] v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.627 et s.

doctrine constitutionnelle (de plus en plus séduite par la science politique[406]), l'idée du « contrat de législature » figurera – quelques semaines plus tard – parmi les propositions discutées devant le groupe de travail piloté par Michel Debré (*cf. infra,* n°1069). Écartée en juin 1958, elle est pour l'heure acceptée par le Conseil d'Etat.

- Une troisième question occupe l'Assemblée générale plus longuement ; il s'agit du champ de la « réserve de loi ». Le Conseil d'Etat est particulièrement soucieux de ne pas *« garrotter »* [407] les pouvoirs du Gouvernement – ce sont les mots de Roger Latournerie – mais ne renonce pas pour autant aux principes de son avis du 6 février 1953. Contrairement à la position adoptée cinq ans plus tôt, la référence à la « tradition républicaine » disparaît. Pour les conseillers d'Etat, il faut absolument contenir le champ de la réserve de loi, sauf à *« vider de sa substance »*[408] toute la procédure d'habilitation. En particulier, comme le rappelle son représentant Erwin Guldner, le Gouvernement souhaite avoir les mains libres en matière économique et financière[409]. Pour ces raisons, l'Assemblée générale souhaite écarter toute référence au Préambule de la Constitution de 1946 et à la Déclaration de 1789 qui aboutirait – par exemple – à exclure du champ des habilitations toute la matière fiscale, ou la réglementation du droit du travail. Pour Roger Latournerie, il y aurait effectivement *« un certain danger »* à se référer à des textes aussi larges, *« on va littéralement ligoter le Gouvernement et l'empêcher de prendre des mesures. »*[410] Pour Chasserat, les formules que contiennent ces deux textes sont *« beaucoup trop vagues »*[411]. A leurs yeux, comme pour leurs collègues, il faut *« adopter des solutions plus tempérées »*[412] autorisant le Gouvernement à intervenir dans l'économie, donc à limiter la liberté de commerce et d'entreprendre, au droit de propriété ou au consentement à l'impôt. La discussion se porte donc sur la formule du projet gouvernemental, excluant du champ des habilitations les *« libertés publiques »* : est-elle à la fois suffisamment univoque pour assurer la garantie des droits constitutionnellement reconnus et suffisamment équivoque pour ne pas priver le Gouvernement des pouvoirs d'action nécessaires ?[413] L'absence d'alternative satisfaisante[414] conduit l'Assemblée générale

---

[406] v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.334 et s.
[407] Compte-rendu des débats, *op. cit.,* p.16
[408] *ibid.*
[409] *ibid.*
[410] *ibid.,* p.18-19
[411] *ibid.,* p.18
[412] *ibid.,* p.20
[413] En témoignent les propos de Roland Maspétiol : *« La formule ainsi proposée est très grave car elle risque de payer de sa substance (...). »* (*ibid.,* p.21)
[414] Georges Maleville propose d'y substituer la formule suivante : *« exercice des libertés n'ayant pas un caractère économique »* mais elle exclurait les habilitations gouvernementales en matière sociale ; Roland

à conserver la formule initiale, en choisissant de l'interpréter à la lumière de sa jurisprudence relative au régime législatif ultra-marin qui, à l'article 72 de la Constitution, réserve déjà à la loi l'exercice des « libertés publiques »[415]. Après avoir inclus la matière pénale dans le champ de la réserve de loi, le Conseil d'Etat adopte le texte du Gouvernement.

- La quatrième question est celle sur laquelle l'Assemblée générale émet le plus de réserves : il s'agit du mécanisme d'irrecevabilité mentionné à l'alinéa 3 du projet gouvernemental (*cf.* Annexe n°26). Si la référence initiale au « veto » gouvernemental – qui renvoie à de *« fâcheux précédents historiques »*[416] – est supprimée, la Commission approuve le dispositif sur le fond. Devant l'Assemblée générale, cependant, le commissaire du Gouvernement informe le Conseil d'Etat de la volonté du Gouvernement d'amender le projet initial en substituant au mécanisme d'irrecevabilité temporaire (6 mois) un mécanisme d'irrecevabilité définitive, de sorte que les Chambres ne pourront plus délibérer dans les matières ouvertes à la compétence du Gouvernement pour l'ensemble de la durée de l'habilitation (c'est-à-dire, dans l'esprit de Pflimlin, celle du « contrat de législature »). Cet amendement soulève de vives critiques devant l'Assemblée générales ; il faut avouer, admet René Cassin, qu'il *« bouleverse complètement les conditions d'exercice du droit de veto, [qu'il] lui donne une ampleur telle qu'on ne trouvera jamais une assemblée pour le voter »*[417]. L'Assemblée générale décide de s'opposer à cette modification. Elle exclut également du champ de l'irrecevabilité la possibilité pour le Gouvernement de s'opposer à un « rapport » parlementaire ; il s'agissait, dans l'esprit du projet, de faire obstacle à un rapport invitant à s'opposer à la ratification d'un décret. Pour le Conseil d'Etat, cette solution est inadmissible[418]. Ces deux réserves conduisent l'Assemblée générale à élaborer une note pour

---

Maspétiol propose la formule *« la garantie des droits individuels, l'exercice des libertés publiques »* mais elle supposerait l'existence de « droits collectifs » auxquels le Gouvernement pourrait porter atteinte ; Roger Latournerie propose la formule *« libertés publiques fondamentales »* mais elle ne change guère les données du problème : où commence la « fondamentalité » ?

[415] Ainsi, s'exprime Roland Maspétiol, *« Je crois que l'indication fournie par M. Deschamps* [nda : qui a beaucoup rapporté sur le régime juridique ultra-marin], *est très précieuse, ultérieurement ou à la Section du contentieux, pour interpréter le texte. On entend référer à la notion des libertés publiques telle qu'elle a été interprétée antérieurement par le Conseil d'Etat au cours de plusieurs avis qui d'ailleurs correspondent à l'esprit de la Section du contentieux. Dans ces conditions, je crois que je proposerai à l'Assemblée de s'en tenir au texte du Gouvernement, qui est le texte de la Commission »* (*ibid.,* p.25)

[416] *ibid.,* p.32

[417] *ibid.,* p.39

[418] Les conseillers d'Etat sont unanimes. Laroque : *« cela veut dire que le Parlement est liée par sa loi d'habilitation… [or] jusqu'à présent, ce qu'une loi pouvait faire, elle pouvait le défaire. »* ; Cassin *: « On ne peut pas dire à l'article 1er que le décret sera soumis à ratification et à l'article 2 que jamais le Parlement ne pourra refuser la ratification. Il y a là une antinomie. Cela veut dire que la délégation du Parlement implique le droit pour le Gouvernement de prendre des décrets et qu'ils ne sont plus soumis à ratification »* ; Lefas : *« Il faut que le Parlement ait la possibilité de retirer au Gouvernement les pouvoirs qu'il lui avait délégués »* ;

justifier les disjonctions proposées au projet gouvernemental. Elles témoignent de l'attention portée au Conseil d'Etat à la souveraineté parlementaire au seuil de l'avènement de la Ve République.

760. Qu'on y voit la conséquence ou la condition[419] de la normativité constitutionnelle, l'existence du contrôle de constitutionnalité apparaît donc inséparable de l'idée d'assurer la réaction de l'ordre juridique à la violation d'une norme constitutionnelle, permettant – par définition – d'en assurer la *sanction*[420]. En l'absence de juge susceptible de la faire respecter, l'interprétation de l'article 13 fournie par le Conseil d'Etat dans son avis du 6 février 1953 est demeurée lettre morte. L'effectivité du cadre constitutionnel d'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois supposait donc, non seulement de réviser les textes, mais de les assortir d'un gardien. Ainsi s'explique la genèse du Conseil constitutionnel.

761. Conclusion de la section. La détermination d'un cadre constitutionnel à l'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois (ou ordonnances) est donc bien antérieure à 1958. Dès l'entre-deux-guerres, la légitimité des lois d'habilitation dépend de la spécialité de leur champ d'application, et suppose d'en exclure les matières considérées comme « réservées à la loi parlementaire ». Les conditions procédurales posées pour l'élaboration des décrets-lois (double consultation du Conseil d'Etat et du Conseil des ministres) sont, elles-mêmes, le produit d'une pratique émanée des décennies antérieures. Seules manquaient une formalisation écrite et une sanction constitutionnelle à ce dispositif. L'article 38 de l'actuelle Constitution en réceptionne l'héritage et parachève l'édifice.

762. Conclusion du chapitre : une relecture généalogique de l'article 38. *« Dans cette disposition de l'article [38], il n'y a rien qui ne soit l'application pure et simple de ce qui est fait d'une manière continue depuis 1926 »*[421]. Ces propos de Michel Debré devant le Comité consultatif constitutionnel, le 8 août 1958, synthétisent peu ou prou les conclusions de ce chapitre. Loin d'innover, l'article 38 de l'actuelle Constitution procède d'une captation – presque parfaite – des pratiques antérieures. Contrairement à la coordination des domaines

---

Latournerie : « *On ne peut pas priver le Parlement de la prérogative de décider si oui ou non il entend ratifier le projet de décret* »

[419] TROPER, M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *art. cit.,* p.306

[420] v. BOTTINI, E., *La sanction constitutionnelle, op. cit.,* p.36 et s.

[421] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.285 ; v. encore, séance du 13 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 2, p.533-535

(qui passe pour inadmissible), le dispositif de l'article 38 est facilement accepté et ne suscite que de brèves discussions (*cf. infra,* n°1089). Aucune des conditions qu'il pose à l'exercice de la législation gouvernementale par ordonnances n'a pas déjà été imaginée et pratiquée sous les IIIe et IVe Républiques. Surtout, les ordonnances de l'article 38 obéissent au même régime contentieux que les décrets-lois d'antan ; elles demeurent, comme eux, de simples *actes administratifs.* Ainsi se perpétue, sous la Ve République, la fiction de la subordination des ordonnances à la loi parlementaire. Les montages théoriques et jurisprudentiels empruntés au constitutionnalisme républicain de 1875 et 1946 continuent donc à produire leurs effets après 1958. Les propos de Jérôme Solal-Céligny, devant le Conseil d'Etat, le 25 août 1958 témoignent de cette fidélité au passé. Interrogé sur le régime contentieux des futures ordonnances, il répond : *« je me bornerai simplement à dire que les ordonnances qui seront prises en vertu de l'article [38], en vertu des lois d'habilitation, ont notamment pour objet d'exécuter la loi d'habilitation. Ce sont donc des mesures réglementaires d'exécution de cette loi. »*[422] (on souligne) Il s'agit là d'une captation parfaite de l'héritage de la pensée de Carré de Malberg qui avait permis, dans l'entre-deux-guerres, de subsumer les décrets-lois sous la « fonction d'exécution des lois » et de les rendre acceptables dans le constitutionnalisme républicain. Dès l'origine, il est admis que les ordonnances ne se distingueront des décrets-lois, ni dans leur condition d'exercice, ni dans leur régime contentieux.

763. L'article 38 ne s'inscrit pourtant pas pleinement dans la continuité du système antérieur. Contrairement aux principes posés dans l'avis du 6 février 1953, aucune matière n'est désormais exclue du champ des habilitations. Cette inversion des possibilités matérielles d'habilitation est le résultat de l'inversion opérée, en 1958, dans les rapports entre la loi et le règlement. Jusqu'à cette date la réglementation d'un champ inoccupé appartenait, sauf exception et par principe, au législateur ; seule une habilitation législative permettait à l'Exécutif de s'en emparer. En 1958, la situation est renversée ; la réglementation d'un champ inoccupé appartient, désormais et par principe, à l'Exécutif ; l'habilitation ne conserve un intérêt que pour lui permettre de pénétrer dans le domaine de la réserve. Ainsi, l'article 38 n'innove qu'en tant qu'il doit se combiner avec le système nouveau des articles 34 et 37 de l'actuelle Constitution.

764. Le recours à l'histoire permet donc d'expliquer comment les décrets-lois ont été rendus acceptables dans le constitutionnalisme républicain de 1875 et 1946, et formellement

[422] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.83

consacrés en 1958. La fiction de leur subordination à la loi parlementaire les rapprochait paradoxalement des règlements complémentaires, eux-mêmes largement discrétionnaires. Leur étude est celle du chapitre suivant.

Chapitre 2 :

Les mutations du rapport de complémentarité : faciliter l'application des lois

> « L'époque contemporaine a assisté à une libération progressive de ces entraves apportées à la fonction normatrice de l'Administration. (…) On a moins remarqué que le règlement traditionnel, pris pour l'exécution des lois, participait également à ce mouvement d'affranchissement. Il est apparu en effet que la jurisprudence manifestait une indulgence croissante dans l'exigence de la conformité de ce règlement à la loi et qu'elle laissait l'Administration libre d'insérer dans son acte n'importe quelle norme dès lors que celle-ci paraissait nécessaire à l'application de la loi. »[1]
>
> Jean-Marie Auby

765. Compléter la loi par la voie réglementaire n'a pas moins contribué à l'émancipation du pouvoir réglementaire que la compétence reconnue à l'Exécutif de s'y substituer par décret. Or, en doctrine, l'attention portée aux règlements autonomes et aux décrets-lois a quelque peu éclipsé cette seconde dimension. C'est à ces mutations du pouvoir réglementaire complémentaire – c'est-à-dire aux fonctions secondaires de législation gouvernementale – que ce chapitre s'intéresse. On entend y démontrer que l'Exécutif acquiert, entre 1914 et 1958, un véritable pouvoir discrétionnaire[2] dans le cadre de son activité complémentaire des lois.

766. Par définition, le règlement complémentaire est édicté dans le domaine, c'est-à-dire dans le champ d'application, de la loi qu'il est chargé de compléter. La démonstration des mutations qui affectent le pouvoir réglementaire complémentaire, au XXe siècle, implique donc d'étudier les évolutions du *rapport de prévalence* entre la loi et le règlement, c'est-à-dire la latitude laissée à l'Exécutif dans l'exercice de ses activités secondaires de législation. Ces évolutions révèlent, qu'à la veille de 1958, le domaine du règlement complémentaire n'est pas moins considérable que celui progressivement acquis par le décret-loi ou le règlement autonome : matériellement, le pouvoir réglementaire complémentaire peut s'exercer – spontanément, en vertu de l'habilitation constitutionnelle à assurer l'exécution des lois – sur toute matière déjà légiférée ; fonctionnellement, cette activité est guidée par l'idée de *facilitation de l'application des lois*[3], laissant à l'Exécutif la plus grande discrétionnalité dans

---

[1] AUBY, J.-M., « Le milieu juridique de l'Administration », *in :* AUBY, J.-M., BANDET, P., BOULET, L., et al., *Traité de science administrative,* Paris : Mouton & Co, 1966, 901 pages, spéc. p.193

[2] v. la définition proposée *infra,* n°769 et s.

[3] Cette dimension est très tôt mise en évidence par la doctrine, v., par exemple, les propos de Maurice Hauriou : *« [I]l existe des mesures d'exécution des lois qui ne font pas appel à la force, [mais] qui tendent au contraire, à faciliter aux citoyens* l'application volontaire des lois. *(…) Telles sont les dispositions réglementaires destinées à*

le choix des mesures nécessaires à la réalisation de la loi, c'est-à-dire à sa traduction en actes en tous temps et tous lieux. On renvoie, sur ce point, aux stimulants travaux d'Olivier Steck[4], qui ont récemment mis en évidence l'influence de cette considération fonctionnelle sur l'unification du régime du pouvoir réglementaire, par le Conseil d'Etat, sous la IIIe République. Dans ce chapitre, on entend démontrer que cette fonction est également à l'origine d'une conception discrétionnaire du pouvoir réglementaire complémentaire.

767. A la faveur de l'idée de facilitation de l'application de la loi, le règlement complémentaire apparaît ainsi progressivement au cours du XXe siècle, non comme un acte fonctionnellement inférieur ou subordonné, mais comme un véritable *adjuvant* législatif. Compléter la loi – du latin *complere* signifiant « remplir, achever, parfaire » – permet de conférer sa complétude à la loi, de la rendre parfaite. En ce sens, le règlement complémentaire participe de la loi, il parachève la légalité (section 1). Cette conception du pouvoir réglementaire entraîne corollairement, sous l'influence de l'École viennoise, une redéfinition graduelle de la légalité, autour de l'idée de hiérarchie des normes (section 2).

SECTION 1 :
PARACHEVER LA LEGALITE

768. L'incomplétude de la loi parlementaire explique l'épanouissement historique du pouvoir réglementaire complémentaire. A partir de la Restauration[5], écrit Félix Moreau, *« la loi a renoncé à être complète »*[6]. La modernisation de l'État accroît et complexifie la tâche du Parlement. A la fin du XIXe siècle, se généralise en conséquence le recours au règlement d'administration publique (RAP)[7]. Désormais, et de plus en plus fréquemment, *« la loi trace*

---

faciliter l'application des lois en les munissant d'une glose complémentaire douée elle-même d'une force exécutoire. » (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.442) ou de Léon Duguit : *« le Gouvernement peut, doit même, faire les règlements nécessaires à l'effet de compléter une loi, édicter toutes les dispositions de détail indispensables pour que la loi puisse aisément s'appliquer et atteindre le but qu'a poursuivi le législateur en la votant. »* (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.699) ; v. déjà, SAINT-GIRONS, A., *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire,* Paris : L. Larose, 1881, 583 pages, spéc. p.273 ; GRAUX, G., « La loi et les règlements d'administration publique », *Revue politique et parlementaire,* 1899, p.460-184, spéc. p.468

[4] STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République, op. cit.,* 588 pages, spéc. p.512 et p.532

[5] En réalité, dès la décennie révolutionnaire. v., VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire, op. cit.,* p.393 et s.

[6] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.82 ; v. encore, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale*

[7] Les chiffres sont difficiles à isoler. Il suffit cependant de parcourir les pages du *Journal officiel* des dernières décennies du XIXe siècle pour saisir l'ampleur du phénomène. C'est d'une véritable explosion du recours aux RAP qu'il s'agit. (v., CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.623-625)

le cadre, le règlement achève de le remplir »[8]. Cette activité honore, mais oblige, le titulaire du pouvoir réglementaire qui, s'il jouit d'une liberté nécessaire dans le développement des prescriptions législatives (§1), ne reste pas moins tenu d'exercer cette activité (§2).

§1. La nécessaire latitude du pouvoir réglementaire complémentaire

769. La latitude normative d'une activité normatrice résulte du degré de prédétermination de son champ de réglementation[9]. En situation d'indétermination, l'acteur dispose du choix du contenu des normes à produire ; il détient un « pouvoir discrétionnaire ». Ainsi, et par définition, plus est grande l'incomplétude ou l'imprécision de la loi parlementaire, plus est importante la discrétionnalité des normes chargées de la compléter[10]. En ce sens, le pouvoir réglementaire complémentaire apparaît essentiellement discrétionnaire (A) et impose d'identifier le champ de cette discrétionnalité (B).

A- LE POUVOIR REGLEMENTAIRE COMPLEMENTAIRE, POUVOIR DISCRETIONNAIRE

770. Dès 1924, Emile Giraud relève que le *« pouvoir réglementaire est essentiellement de nature discrétionnaire »*[11]. Ce constat est traditionnellement, et communément, partagé en doctrine – jusqu'à aujourd'hui – pour qualifier l'exercice par l'Exécutif de ses fonctions secondaires de législation[12]. Si la discrétionnalité apparaît inhérente à l'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire, c'est que compléter la loi, c'est encore légiférer (1) et que réglementer, c'est adapter (2).

---

[8] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit*., p.202

[9] v. TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.342 et s.

[10] Car dans cette hypothèse, selon un vocabulaire que l'on emprunte à Guillaume Tusseau, la réglementation produite en vertu de la norme supérieure (la loi) prédétermine faiblement les normes à produire en vertu de la norme inférieure.

[11] GIRAUD, E., « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *art. cit.,* p.200

[12] René Chapus reconnaît que *« c'est généralement dans l'exercice du pouvoir réglementaire que le pouvoir discrétionnaire se manifeste le plus pleinement, même lorsque le premier est exercé pour déterminer les modalités d'application des lois, dont les dispositions peuvent généralement être mises en œuvre de multiples façons, également conformes à ces dispositions »* (CHAPUS, R., *Droit administratif général, op. cit.,* 15e éd., p.1056) ; v. déjà, LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.* 1ère éd., t.2, p.393, et p.395 ; EISENMANN, C., *Cours de droit administratif, op. cit.,* t.2, p.307, p.668 ; v., encore, PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* 1ère éd., p.612

1) Compléter la loi, c'est encore légiférer

771. Édicté sur invitation législative[13], en Assemblée générale du Conseil d'Etat, le RAP est la manifestation – par excellence – du pouvoir réglementaire complémentaire à la fin du XIXe siècle[14]. En témoigne la formule finale, omniprésente dans les textes législatifs jusqu'en 1980 : « Un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application de la présente loi ». S'il change de régime contentieux en 1907 (*cf. supra,* n°630), le RAP demeure matériellement le produit d'une activité secondaire de législation. En la complétant, le RAP (comme tout règlement complémentaire) participe de l'œuvre législative formelle ; il la *prolonge* (a), et apparaît donc moins concurrent, que *concourant*, à la réalisation de la souveraineté parlementaire (b).

a) Un prolongement de la loi

772. Le RAP est un acquis des pratiques gouvernementales du XIXe siècle[15]. Loin d'apparaître comme un acte d'application, il est pensé comme un véritable complément législatif, élaboré avec le concours du Conseil d'Etat. A la faveur de l'idée de « délégation législative » (*cf. supra,* n°627 s.), les juristes de l'époque y voient un *« appendice »*[16] législatif (Vivien) ; un authentique *« prolongement de la loi »*[17] selon les termes d'Antoine Saint-Girons. Le RAP se confond, matériellement et formellement, avec la loi qu'il complète.

773. L'enracinement de la République parlementaire modifie progressivement cette façon de penser. En exacerbant les considérations organiques et formelles, la doctrine républicaine entreprend la démonstration du caractère « administratif » du RAP, de façon à permettre l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à son encontre, et assurer sa subordination

[13] Cette considération explique que le RAP procède parfois d'un « rapport d'habilitation », et que certains développements y aient déjà été consacrés (*cf. supra,* n°472 s., et chapitre précédent). Dans l'hypothèse où l'Exécutif agirait sur le fondement d'une habilitation (c'est-à-dire d'une autorisation) *spéciale* du législateur à réguler une matière non déjà légiférée (c'est-à-dire à se substituer à la loi), le caractère « complémentaire » du RAP – au sens où on l'entend ici – s'atténuerait ; et c'est d'un rapport d'habilitation qu'il s'agirait. Dans les autres cas, le degré de « complémentarité » du RAP variera – comme celui de n'importe quel autre règlement complémentaire – en fonction du degré de prédétermination, par la loi, du contenu des normes à produire pour la compléter. Lorsque la loi renvoie au RAP pour déterminer – de façon *générale* – ses conditions d'application, elle n'étend en rien le champ du pouvoir réglementaire, tel que l'Exécutif pourrait l'exercer spontanément. Sauf autorisation spéciale, le RAP demeure donc un règlement purement complémentaire. v. en ce sens, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.650-651.

[14] v., LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, op. cit.* 1ère éd., t.1, p.434 ; BLOCK, M., *Dictionnaire de l'administration française,* tome II, 2e éd., Paris : Berger-Levrault, 1877, p.1609 ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public général, op. cit.,* 4e éd., p.44 ; MOREAU, F., *op. cit.,* p.198 ; DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.703

[15] v., STECK, O., *op. cit.,* p.46 et . et p.190 et s.

[16] VIVIEN, A., *Études administratives,* tome I, 3e éd., Paris : Librairie de Guillaumin, 1859, spéc. p.313

[17] SAINT-GIRONS, A., *Essai sur la séparation des pouvoirs…, op. cit.,* p.282

effective à la loi parlementaire. Le Conseil d'Etat consacre cette solution dans son arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'est* du 6 décembre 1907 (*cf. supra,* introduction générale, n°50 s.). Cette requalification contentieuse n'entraîne pourtant aucun changement dans la nature de l'activité exercée[18]. Acte administratif, le RAP n'en demeure pas moins le produit d'une fonction complémentaire de législation. Au plan matériel, il fait toujours corps avec la loi qu'il complète ; fonctionnellement, il en demeure le prolongement. La doctrine la plus républicaine le reconnaît sans peine[19] ; Maurice Hauriou qualifie de *« pacte volontaire »*[20] cette collaboration du Parlement et du Gouvernement à l'œuvre législative. Cette dimension est mieux encore mise en évidence par Léon Duguit, pour qui *« le règlement a pour but et pour raison d'être d'assurer l'application de la loi qu'il complète. Il est donc, en quelque sorte, contenu par la loi à laquelle il se rattache. »*[21] (on souligne). La loi et son règlement complémentaire se trouvent donc reliés, moins par des considérations hiérarchiques, que fonctionnelles. La première « enveloppe » le second, qui en « développe » les prescriptions. Leur objet, quant au fond, est identique ; ils participent tous deux à la même œuvre de réglementation. Il faut donc relativiser l'opposition naturelle entre la loi et le règlement complémentaire. Raymond Carré de Malberg – pourtant chantre de la conception organico-formelle – le reconnaît lui-même : en renvoyant au RAP, *« l'autorité supérieure a autorisé l'agent inférieur à compléter son œuvre, à y ajouter quelque chose qui n'est pas fixé d'avance et qui pourra varier : en un mot, elle l'a habilité – et cela, soulignons-le, par rapport à elle-même – à faire à son tour œuvre de création. »*[22] Dans cette hypothèse, la création du droit s'est accomplie *« par étapes ou par degrés »*[23], dans un droit de *« même nature »*[24] par la loi et le règlement. Compléter la loi, c'est donc collaborer à l'œuvre législative ; y ajouter les dispositions implicitement contenues, ou imprévisibles, nécessaires à sa perfection. Ainsi, le règlement complémentaire se trouve, moins dans un rapport de subordination, que de

---

[18] v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.23

[19] Ainsi, reconnaît Adhémar Esmein, *« [les règlements] forment une partie très importante de notre droit et constituent à côté des lois comme une législation secondaire et dérivée »* (on souligne) (ESMEIN, A., *Éléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.509). L'expression est conservée tout au long des 8 éditions de ses *Eléments de droit constitutionnel,* de 1896 à 1928

[20] HAURIOU, M., note sous l'arrêt, CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.29. En 1933, on lit dans la dernière édition de son *Précis de droit administratif :* « *[Le RAP] peut compléter la loi, et ses dispositions complétives ont force de loi. »* (on souligne) (HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.576)

[21] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit*., p.701

[22] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* p.109

[23] *ibid.,* p.135

[24] *ibid.*

collaboration, avec la loi parlementaire. Cette dimension est très tôt perçue, et conduit à relativiser – déjà sous la IIIe République – la différence de nature entre la loi et le règlement complémentaire. En réalité, « l'administrativité » du RAP est plus théorique que réelle[25] ; elle est un voile – républicain – censé masquer sa proximité matérielle avec la loi qu'il complète.

b) Un concours à la souveraineté parlementaire

774. Comment, dans ces conditions, considérer l'activité complétive des lois par voie réglementaire comme une activité subordonnée ? Formellement, la chose s'entend. Matériellement, elle est difficilement défendable. Ni la doctrine, ni le Conseil d'Etat ne s'y trompe. Compléter la loi, c'est en assurer la *complétude*, c'est-à-dire – comme le rappelle Duguit – *« édicter toutes les dispositions de détail indispensables pour que la loi puisse aisément s'appliquer et atteindre le but qu'a poursuivi le législateur en la votant. »*[26] Cette activité n'est en rien subordonnée, car sans elle, la loi resterait lettre morte. Cette conception du pouvoir réglementaire s'affirme dans l'entre-deux guerres. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Union des voies ferrées et des transports automobiles* en 1929, le commissaire du gouvernement Charles Ettori invite le Conseil d'Etat – qui le suivra – à admettre la légalité d'un RAP, dont certaines des dispositions outrepassent le champ exprès de l'habilitation conférée par la loi au Président de la République. Le commissaire du gouvernement plaide pour une *« interprétation libérale de la légalité des RAP »*[27], dont l'effet est de *« fortifier la loi »* [28] qu'ils complètent. A ses yeux, une interprétation trop étroite de l'habilitation *« frapperait de stérilité »*[29] le règlement et reviendrait, par conséquent, à *« compromettre l'exécution de la loi ».* Cette conception fonctionnelle de l'activité complémentaire des lois permet de présenter le pouvoir réglementaire, non comme un danger, mais comme un instrument de *valorisation* de la souveraineté parlementaire. Loin d'apparaître comme une manifestation d'un pouvoir personnel, le pouvoir réglementaire est ainsi présenté comme mis au service de la puissance parlementaire, conformément à l'idéal républicain. Le professeur Emile Giraud le reconnaît sans ambiguïté : *« il n'y aurait que des inconvénients à supprimer le pouvoir réglementaire général du chef de l'Etat. (...) Bien loin de renforcer la suprématie*

---

[25] De fait, l'annulation contentieuse des RAP est rare. (v. LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P., GENEVOIS, B., *Grands arrêts de la jurisprudence administrative,* 21e éd., *op. cit.,* p.103)
[26] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.699
[27] ETTORI, « conclusions » sur CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et des transports automobiles, RDP,* 1929, p.323 ; pour une analyse complète, v. STECK, O., *op. cit.,* p.396 et s.
[28] ETTORI, « conclusions », *ibid.,* p.323
[29] *ibid.*

du législateur, on paralyserait l'organe législatif. »[30] Sans le pouvoir réglementaire pour adapter les principes de la loi aux réalités de la vie sociale, ceux-ci demeureraient purement chimériques, inapplicables voire inéquitables[31].

2) Réglementer, c'est adapter

775. La discrétionnalité du pouvoir réglementaire complémentaire, c'est-à-dire sa marge de liberté dans le développement de la loi, se justifie par la fonction spécifique qu'il occupe dans l'Etat et qui peut être ramenée à l'idée « d'adaptation réactive ». (*cf. supra*, n°522 s. ; et *infra,* n°987 s.). En complétant la loi, le règlement *l'adapte* aux circonstances variables et en rend possible l'application en tous temps et en tous lieux, en l'état des connaissances et des techniques. Cette fonction d'adaptation aux circonstances – depuis longtemps mise en évidence[32] – justifie le régime juridique des règlements, en particulier sa *mutabilité* mais aussi son obligatoire *abrogation*[33] ou *réformation*[34] à la suite d'un changement de circonstances[35] (*cf. infra*, 806 s.). Cette activité est en grande partie discrétionnaire, car elle résulte de la liberté (a) laissée au titulaire du pouvoir réglementaire de choisir les règles adaptées (b) aux faits que la loi entend régir.

a) La liberté de choisir

776. Le pouvoir discrétionnaire est depuis longtemps défini comme *la marge de liberté* laissée à l'Administration dans l'édiction du droit[36]. Pour Léon Michoud, en 1913, il y a pouvoir discrétionnaire *« toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que la conduite à tenir soit dictée à l'avance par une règle de droit. »*[37] Cette liberté se manifeste par le *choix*

---

[30] GIRAUD, E., « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *art. cit.,* p.201

[31] *« Le pouvoir discrétionnaire est nécessaire pour introduire dans l'application de la règle de droit l'équité qui, dans l'expression législative de cette règle, a dû être sacrifiée à l'ordre. »* (WALINE, M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP,* 1930, p.197-223, spéc. p.204-205)

[32] *cf., supra,* n°522 s. ; v., aussi. DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.215 et s.

[33] CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia,* Rec. p.44 ; *RFDA,* 1989.391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis ; *AJDA* 1989.387, note Fouquet ; *RTDE,* 1989.509, note Vergès.

[34] CE, 31 mars 2017, *FGTE-CFDT,* n°393190 ; *ADJA,* 2017.713, note Pastor.

[35] Tous ces éléments ont parfaitement, et depuis longtemps, été mis en évidence par Jean-Claude Douence (v. *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, op. cit.,* p.444 et s.)

[36] v., par exemple, BONNARD, R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP,* 1923, p.363-392, spéc. p.363 ; HAURIOU, A., « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in : Mélanges R. Carré de Malberg,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages, p.231-240, spéc. p.233 ; EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.658

[37] MICHOUD, L., « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble,* tome XXV, 1913, p.429-500, tome XXVI, 1914, p.19-58, spéc. tome XXV, p.434

laissé à l'administrateur dans son action ; pour René Chapus donc, le pouvoir discrétionnaire c'est le *« pouvoir de choisir »*[38], c'est-à-dire de choisir – disait Michoud – entre plusieurs solutions possibles *« toutes aussi légales les unes que les autres. »*[39] Cette liberté de choisir connaît d'ailleurs une infinité de variations, qui dépendent de critères qui touchent l'habilitation de l'administrateur et que Guillaume Tusseau présente, exhaustivement de la façon suivante[40] : d'un point de vue *extrinsèque,* l'acteur peut être libre, obligé ou avoir interdiction d'utiliser son habilitation, d'un point de vue *intrinsèque,* celle-ci peut laisser à l'acteur l'entière liberté de déterminer ses productions normatives (champ de réglementation indéterminé), lui donner le choix entre plusieurs productions normatives prédéfinies, ou ne lui laisser aucun choix (champ de réglementation prédéterminé)[41].

777. Il est communément admis, au moins depuis Roger Bonnard[42], que cette liberté de choisir ses productions normatives s'exerce principalement sur l'appréciation des faits, et particulièrement sur l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs de fait[43]. Or, c'est

---

[38] CHAPUS, R., *Droit administratif général, op. cit.,* 15e éd., p.1056. Avant lui, Charles Eisenmann relevait déjà que le *« critère »* du caractère discrétionnaire est *« la possibilité de choix entre plusieurs partis. »* (EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.658)

[39] MICHOUD, L., « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *art. cit.,* p.440

[40] v. TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.342 et s., p.347 et s. et p.364 et s.

[41] *ibid.,* p.342-344. Suivant cette définition, on peut considérer que le pouvoir réglementaire complémentaire résulte d'une norme d'habilitation, d'usage obligatoire, mais au champ de réglementation généralement faiblement prédéterminé. (*cf. infra*, n°794 s.).

[42] v., BONNARD, R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *art. cit.,* p.370-373 ; WALINE, M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *art. cit.,* p.220 ; VENEZIA, J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire,* Paris : LGDJ, 1958, 175 pages, spéc. p.20 ; KAHN, J., « Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif », *Cahiers de l'IFSA,* n°16, 1978, p.10 ; FRIER, P.-L., « Motifs : contrôle », *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, septembre 2005, §.38-§.125 ; MELLERAY, F., « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, janvier 2007, §.43-§.55 ; TRUCHET, D., *Droit administratif,* 2e éd., Paris : PUF, 2009, 468 pages, spéc. p.214-215 ; SERRAND, P., « Le contrôle juridictionnel de l'administration à travers la jurisprudence récente », *RDP,* 2012, p.901-923 ; PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* p.611 et p.1409-1410

[43] Étant entendu que ce n'est pas sur l'exactitude matérielle des faits – invariablement contrôlée par le juge de l'excès de pouvoir depuis 1916 – que s'exerce le pouvoir discrétionnaire mais sur l'appréciation des faits, c'est-à-dire la *qualification* juridique des faits et *l'adéquation* de l'objet de l'acte à ses motifs de faits (qui sont deux opérations distinctes). C'est sur ces deux éléments qu'est susceptible de varier le contrôle du juge (absence de contrôle, contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, contrôle du bilan coûts-avantages, contrôle de proportionnalité) et que varie, par conséquent, la marge de discrétionnalité de l'administrateur. (v., en ce sens, SERRAND, P., *art. cit.*). Fabrice Melleray considère, quant à lui, que la notion de pouvoir discrétionnaire est antithétique à celle de contrôle du juge. A ses yeux, seule l'absence de contrôle des motifs (qui recoupe, pour lui également, la qualification juridique des faits et l'adéquation de l'objet de l'acte à ses motifs) caractérise la situation de pouvoir discrétionnaire : en cette hypothèse (qualifiée, par lui, de *« contrôle minimum »*), le juge ne contrôle que la légalité externe, la violation de la règle de droit, l'erreur de droit et le détournement de pouvoir. Dans trois autres hypothèses d'intensité variable (contrôle restreint, contrôle entier et contrôle maximum) le contrôle du juge s'oppose à l'idée même de pouvoir discrétionnaire. (MELLERAY, F., « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », *art. cit.* §.43). A l'idée d'une différence de *nature,* retenue par le professeur Melleray, entre discrétionnalité et contrôle du juge, on préfère retenir l'idée qu'il existe une différence de *degré* dans la discrétionnalité laissée à l'administrateur par le juge. Benoît Plessix partage cette analyse et parle

précisément parce qu'il est un pouvoir de choisir les règles adaptées aux faits que la loi entend régir que le pouvoir réglementaire complémentaire est essentiellement discrétionnaire.

b) Adapter, c'est choisir

778. *« La stabilité législative,* écrit Félix Moreau, *a pour condition l'existence de règlements qui, en contact immédiat et permanent avec les faits, en suivent avec aisance et promptitude les variations et donnent à la pratique, à ses besoins changeants, la satisfaction nécessaire. »*[44] Or, cette activité – difficile[45] – d'adaptation de la règle législative aux circonstances de fait est la définition même du pouvoir discrétionnaire. De ce point de vue, pouvoir discrétionnaire, pouvoir réglementaire et adaptation aux faits se rejoignent, voire se confondent. En dépit de la subordination idéalisée du règlement à la loi, le pouvoir réglementaire complémentaire est – par essence – un nécessaire pouvoir discrétionnaire[46].

779. Ainsi, n'y a-t-il rien d'étonnant à constater que les études sur le pouvoir discrétionnaire se multiplient et s'approfondissent à mesure que s'accroît l'activité de l'Administration au XXe siècle ; sur le plan contentieux, elles se traduisent par la progression du contrôle de l'excès de pouvoir. Le contexte de l'arrêt *Benjamin* témoigne de cet état des choses : *« l'ordre public était sans cesse plus menacé ; les décrets-lois commençaient à restreindre les libertés publiques. »*[47] comme le rappellent en 1956 Long, Weil et Braibant, et comme le soulignait déjà Achille Mestre dans sa note en 1934[48]. La réflexion sur l'étendue du pouvoir réglementaire dans l'adaptation de la loi aux circonstances de la vie quotidienne[49], est donc intimement liée à celle du pouvoir discrétionnaire. Reste à déterminer le critère de cette

---

« d'échelle de discrétionnalité » (PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* p.612) Eisenmann l'admettait déjà en 1957-1958 (EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.659)

[44] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.175 ; v. aussi, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.467

[45] Selon Emile Giraud, *« la mise en œuvre de la loi est une activité difficile. Il faut mettre en harmonie la vie sociale, complexe et enchevêtrée, avec les principes de la loi généraux et rigides. Ce sont les règlements qui vont réaliser cet accord. Comme ils devront se modeler étroitement sur les faits, ils seront moins simples que la loi, riches en détail (...). Ils devront montrer une certaine souplesse pour s'adapter aux réalités changeantes. Ils n'atteindront pas toujours le but du premier coup ; il faudra les corriger pour leur donner plus de précision et plus d'adresse. L'administrateur est plus capable que le législateur de forger ces instruments compliqués et délicats. »* (GIRAUD, E., « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *art. cit.,* p.201)

[46] Pour un plaidoyer en ce sens, v. BARTHELEMY, J., « De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution », *RDP,* 1907, p.295-311 ; et même : CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.467-468

[47] LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op. cit.,* 1ère éd., p.188

[48] CE, 19 mai 1933, *Benjamin,* Rec. p.541, *S.* 1934.3.1, concl. Michel, note Mestre ; *D.,* 1933.3.54, concl. Michel

[49] Dans l'espèce de l'arrêt *Benjamin,* il s'agissait – pour le maire de Nevers – d'adapter le champ de la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion, aux circonstances liées à la conférence de René Benjamin.

liberté d'initiative, tel qu'il s'impose progressivement sous les IIIe et IVe Républiques, en s'intéressant au champ de la complémentarité.

B- LE CHAMP DE LA COMPLEMENTARITE

780. S'intéresser au champ de réglementation du règlement complémentaire, c'est se demander, selon les termes de Marcel Waline, *« jusqu'à quel point le règlement d'application peut-il ajouter à la loi ? »*[50] Sans doute, celui-ci a-t-il pour fonction d'*insérer* la loi dans l'ensemble normatif, d'en *préciser* les dispositions obscures et d'en *développer* les principes, selon la trilogie proposée par Jean-Claude Douence[51], mais cette définition fonctionnelle laisse dans l'ombre le champ de son intervention. La doctrine et la jurisprudence en identifient les contours, inspirés par des limites (1) et une exception de principe (2).

1) Des limitations de principe

781. Le règlement complémentaire voit son champ déterminé par des limites de principe, unanimement admises. Il ne doit ni *contrarier* la loi (a), ni *innover* par rapport à la loi (b).

a) L'interdiction d'agir contra legem

782. Il est classiquement admis que le règlement complémentaire (de même que le règlement autonome avant 1958), a interdiction – sauf habilitation législative spéciale – de contrarier les dispositions, non seulement de la loi qu'il complète, mais de toute loi en général. Cette exigence minimale de *légalité* est reconnue par tous les auteurs ; Saint-Girons l'admet dès 1881[52], de même que Moreau en 1902[53]. En 1907, Joseph Barthélemy emploie une formule sans équivoque : *« Dans ce qu'on appelle l'administration discrétionnaire, le*

---

[50] WALINE, M., « Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limite) », note sous CE, 25 octobre 1957, *Duval*, *RDP,* 1958, p.507-522, spéc. p.510. André de Laubadère s'interroge de la même façon : *« La question de pose de savoir quelles sont les précisions et innovations que le titulaire du pouvoir réglementaire peut légitimement apporter à la loi en vue de la compléter. »* (LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.198) Jérôme Trémeau s'est déjà intéressé à cette question, v. TREMEAU, J., *La réserve de loi, op. cit.,* p.238-244

[51] DOUENCE, J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, op. cit.* p.198 et s., spéc. p.201-205

[52] *« [L]e chef de l'Etat doit respecter les principes posés par le législateur et ne pas les modifier ou les fausser sous prétexte de rendre la loi plus claire ou plus complète. »* (SAINT-GIRONS, A., *Essai sur la séparation des pouvoirs dans le droit public français, op. cit.,* p.282)

[53] *« Le RAP ne saurait abroger, modifier, contredire la loi qu'il complète : il doit être en parfaite harmonie avec elle, sous peine de nullité. »* (MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.198). L'auteur aboutit à une conclusion identique s'agissant des règlements autonomes. (*ibid.,* p.208)

gouvernement est libre, mais à condition de ne violer aucune loi. »[54] Carré de Malberg, Duguit et Hauriou s'entendent sur ce point, sans controverse[55]. André de Laubadère, Roger Pinto et Marcel Waline l'admettent encore sous la IVe République[56] et Charles Eisenmann, dans les années 1950, qualifiera ce rapport minimum de non-contrariété de l'acte administratif à la loi, de rapport de *« compatibilité »* [57] (*cf. infra,* n°848 s.). Quant au juge administratif, il sanctionne invariablement, depuis longtemps, *la violation directe de la règle de droit*[58].

b) L'interdiction d'innover

783. Pas plus qu'il ne doit contrarier la loi, le règlement complémentaire ne doit *innover* par rapport à la loi qu'il complète. Cette exigence exclut évidemment la régulation, par le règlement complémentaire, d'une matière non encore régulée par la loi ; dans cette dernière hypothèse, qu'ils en admettent ou en rejettent la validité, nombreux sont les auteurs à parler de règlement autonome (*cf. infra,* n°484 s., 645 s.). Ceci étant dit, l'utilité même du règlement complémentaire repose sur son caractère partiellement novateur. Comme le remarque Marcel Waline : *« c'est une vérité qu'impose le plus élémentaire bon sens : si le règlement d'application n'ajoutait rien à la loi, s'il se bornait à la recopier, il n'aurait pas d'utilité ni même de sens. »*[59] La question se résume donc à l'identification du champ de *« l'addition permise »* et de *« l'addition abusive. »*[60] Dans quelle mesure, s'interroge Roger Bonnard, le règlement peut-il *« compléter sans modifier et ajouter sans innover »* ? La doctrine et la

---

[54] BARTHELEMY, J., « De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution », *art. cit.,* p.302

[55] *« [L]'autorité administrative, lorsqu'elle entre en rapport avec les administrés, ne peut ni aller à l'encontre des lois existantes, ni s'en écarter : elle est tenue au respect de la loi ».* (CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.489, et v. p.650) ; *« [Le Président de la République] ne peut édicter aucune disposition qui viole une loi quelconque, non seulement la loi qu'il complète, mais une autre loi ».* (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.701) ; *« Toute disposition réglementaire en contradiction, soit avec les termes d'une loi, soit avec* l'esprit de la loi, *soit avec une liberté* définie *consacrée par la loi est frappée d'illégalité si, d'ailleurs, elle n'a pas été prise en vertu d'une autre disposition de la loi. »* (HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.567)

[56] LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.198 ; PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.534 ; WALINE, M., *Droit administratif,* 7e éd., *op. cit.,* p.115

[57] v., EISENMANN, C., *Cours de droit administratif, op. cit.,* t.2, p.432 et s. ; EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE,* 1957, p.25-40

[58] CE, 7 juillet 1911, *Omer Decugis,* Rec. p.806, *S.* 1914.3.36, concl. Blum. (v., ces propos du commissaire du gouvernement : *« Nous croyons et nous croyons vous avoir montré que [le RAP du 8 octobre 1907] n'excède pas seulement les bornes de la délégation législative, mais qu'en introduisant sur le carreau un élément que le législateur avait voulu exclure (…)* <u>*le règlement est allé contre l'esprit et contre le texte de la loi*</u>*. »* (on souligne) (« Conclusions », références susmentionnées, p.40) Le Conseil d'Etat annule le règlement sur ce motif.)

[59] WALINE, M., « Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limite) » *art. cit.,* p.510

[60] *ibid.*

jurisprudence ont tâché d'y apporter une réponse, relativement consensuelle, mais généralement délicate à cerner dans la pratique.

784. Dès 1920, Carré de Malberg propose le critère suivant :

> « si [l'activité réglementaire] a pour effet d'ajouter quelque chose à la loi, ce ne peut être que dans la mesure où il s'agit simplement d'en développer les conséquences naturelles, et c'est ainsi notamment que l'autorité administrative ne saurait, sous prétexte d'assurer l'exécution, prendre des mesures qui entraineraient pour les administrés un surcroît de charges non prévu par la loi. »[61] (on souligne)

Ce critère est consacré par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Jammes* du 12 novembre 1954. La Section du contentieux considère qu'un acte réglementaire ne peut *« porter atteinte aux droits garantis par la législation en vigueur, ou faire supporter [aux administrés] des charges qui, en raison, soit de leur nature, soit de leur importance, ne peuvent être imposées que par voie législative. »*[62] Après avoir rappelé l'exigence de non-contrariété, le Conseil d'Etat considère (comme Carré de Malberg) que la notion de *charge* constitue l'élément déterminant de l'identification du champ du règlement complémentaire. Or, il est classiquement admis par les juristes qu'une charge – dont l'étymologie *carge* signifie « ce qui pèse sur quelqu'un » – est une *« obligation légale »*[63], c'est-à-dire ce à quoi une *personne* est tenue, en vertu de la loi, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Si le Conseil d'Etat ne définit pas lui-même les charges qui ne peuvent être imposées que par la loi, il reconnaît qu'elles s'identifient, qualitativement, par *leur nature* ou, quantitativement, par *leur importance.* Pour Jérôme Trémeau, « la nature » des charges, est une notion qui *« fait directement appel à la réserve de loi »*[64] ; elle interdit au règlement complémentaire d'innover lorsque cette innovation le conduit à réguler des matières réservées à la loi (en particulier la matière pénale ou fiscale) (*cf., infra,* n°919 s.). « L'importance » des charges est une notion beaucoup plus difficile à déterminer. Les charges d'une telle importance sont sans doute celles qui étendent le champ d'application de la loi à des situations non prévues par la loi, qui aggravent la situation d'une personne[65] ou dont la portée serait irréversible pour les personnes et pour les biens. En un mot, des prescriptions « qui distinguent, là où la loi n'a pas voulu distinguer »[66].

---

[61] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.493-494 ; et v., p.650

[62] CE, Sect., 12 novembre 1954, *Sieur Jammes,* Rec. p.585. Sur cette jurisprudence, v. déjà, TREMEAU, J., *La réserve de loi, op. cit.,* p.239-240

[63] CAPITANT, H., (dir.), *Vocabulaire juridique rédigé par des professeurs de droit, des magistrats et des jurisconsultes, op. cit.,* 1936, p.109.

[64] TREMEAU, J., *La réserve de loi, op. cit.,* p.240

[65] C'est ici, l'hypothèse de l'arrêt *Duval,* du 25 octobre 1957, par lequel le Conseil d'Etat annule une disposition réglementaire subordonnant l'accès aux fonctions de notaire à des conditions d'accès non prévues par la loi. (v., CE, Ass., 25 octobre 1957, *Duval,* Rec. p.556, *RDP* 1958.507, note Waline)

[66] *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, citée par TREMEAU, *op. cit.,* p.240)

785. En réalité, l'arrêt *Jammes* enregistre le critère depuis longtemps identifié par la doctrine à propos des limites du pouvoir discrétionnaire ; celui de l'atteinte aux *droits subjectifs* de l'individu. Léon Michoud le reconnaît dès 1913 :

> « Si dans le domaine de la gestion, la liberté d'action [administrative] forme le principe, c'est parce que les actes accomplis dans ce domaine ne touchent au droit d'aucun administré. » [67] Au contraire, par ses actes d'autorité, « l'administration touche, dans l'intérêt général, à des droits subjectifs ; elle est investie, pour cela, d'un pouvoir de commandement ; elle ordonne, elle défend, autorise ou refuse d'autoriser ; elle ne peut le faire que si la loi le lui permet et dans la mesure où elle le lui permet. » [68] « Pour les actes de gestion, le pouvoir discrétionnaire de l'administration est un élément essentiel, et on ne peut tendre à l'éliminer ; pour les actes de commandement (…), on doit tendre à le restreindre dans la mesure du possible. »

Emile Giraud parvient aux mêmes conclusions en 1924 – *« l'administration cesse de disposer du pouvoir discrétionnaire (...) lorsque l'individu a un droit subjectif qu'elle est tenue de respecter. »*[69]

786. Le critère de « l'innovation abusive », correspondant à la limite du pouvoir réglementaire complémentaire, est donc celui de l'atteinte portée aux *droits subjectifs* des individus. Ici, le règlement ne peut innover librement sans encourir l'illégalité[70]. De ces considérations, il résulte – dans une terminologie que l'on emprunte à Léon Duguit[71] – que le champ du règlement complémentaire est celui de la seule règle *constructive* (ou technique), laquelle ne peut, à la différence de la règle *normative*, toucher la situation des individus[72]. Ainsi, si le règlement complémentaire ne peut imposer un délai ou une condition à l'exercice d'un droit, il peut en revanche créer un organisme administratif ou organiser une procédure pour faciliter l'exercice de ce droit. Marcel Waline distingue lui-même entre les règles de *fond* (réservées à la loi) et les règles de *procédure* (laissées au règlement complémentaire)[73].

787. En définitive, le pouvoir réglementaire complémentaire est un pouvoir essentiellement discrétionnaire, sous réserve de ne contrarier ni la lettre, ni l'esprit, de la loi

---

[67] MICHOUD, L., *art. cit.,* p.490

[68] *ibid.*

[69] GIRAUD, E., « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *art. cit.,* p.209 et s. ; v. encore, LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.128

[70] Il pourra néanmoins le faire à la suite d'une autorisation législative spéciale. Mais dans cette hypothèse, c'est non d'un rapport de complémentarité, que d'un rapport d'habilitation qu'il s'agit. (*cf. supra,* chapitre précédent)

[71] *cf. supra,* n°570

[72] Tel est le critère que Roger Bonnard retient du pouvoir réglementaire complémentaire. (v., BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.290.)

[73] WALINE, M., « Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limite) » *art. cit.,* p.512 ; v. encore CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.650

qu'il complète. Il ne peut *« étendre ou restreindre la portée de la loi dans le temps ou dans l'espace, soit quant aux personnes, soit quant aux choses, jusqu'à prêter au législateur un but ou un programme différent. »*[74] Les « innovations permises » sont celles qui n'ajoutent et ne retranchent rien à la situation objective, sinon aux droits subjectifs, des individus. Ces principes directeurs connaissent une exception : la théorie des « innovations indispensables pour la réalisation de la loi ».

2) Une exception : la théorie des « innovations indispensables pour la réalisation de la loi »

788. La théorie des « innovations indispensables pour la réalisation de la loi » dérive de la théorie des « pouvoirs implicites » (a). Au XXe siècle, elle est consacrée par le Conseil d'Etat au soutien de l'effectivité de la loi (b).

a) Une théorie des pouvoirs implicites[75]

789. Il est classiquement admis qu'une autorité doit disposer des moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission[76]. Ce principe autorise la production de normes, non expressément envisagées, mais considérées comme *impliquées* par la réalisation d'une fin *explicitement* formulée ; les « compétences implicites » ainsi reconnues reposent alors sur l'idée de *« nécessité pratique »*[77], entendue comme *« relation instrumentale entre la poursuite d'une fin et un moyen »*[78]. Ce raisonnement justifie, non seulement l'existence du pouvoir réglementaire complémentaire (*cf. supra,* n°463 s.), mais également l'extension de son champ de réglementation au-delà des principes directeurs précédemment dégagés. C'est pourquoi avant 1958, comme le reconnaît Jean-Marie Auby, le juge – manifestant une *« indulgence croissante dans l'exigence de légalité » – « laissait l'Administration libre d'insérer dans son acte n'importe quelle norme dès lors que celle-ci paraissait nécessaire à l'application de la loi. »*[79] Cette hypothèse, pour ancienne qu'elle soit[80], trouve une actualité nouvelle au XXe siècle avec la théorie des « innovations indispensables pour la réalisation de la loi ».

---

[74] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.202

[75] Sur cette théorie, qui justifie tant l'existence que l'extension du pouvoir réglementaire, on renvoie aux propos du chapitre 1er du titre 2 de la première partie (*cf. supra,* n°463 s.)

[76] v. VENEZIA, J.-C., « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », *art. cit.,* p.795

[77] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.583

[78] *ibid.,* p.591-602 ; *cf.,* également *supra,* n°463 s

[79] AUBY, J.-M., « Le milieu juridique de l'Administration », *in :* AUBY, J.-M., BANDET, P., BOULET, L., et al., *Traité de science administrative, op. cit.,* p.193

b) Une exigence pour l'effectivité de la loi

790. Faciliter l'application de la loi, c'est permettre d'en rendre réelles et effectives toutes les dispositions ; c'est-à-dire d'en garantir la « capacité à produire des effets »[81], conformément à la volonté du législateur. Là réside la fonction spécifique de l'Administration, en général, et du titulaire du pouvoir réglementaire complémentaire, en particulier[82]. A ce titre, il leur appartient de veiller à ce qu'aucune des dispositions de la loi ne demeure inappliquée, à raison de l'omission ou de l'intelligibilité du législateur[83]. Cette mission autorise la production de toutes les normes réglementaires nécessaires à la réalisation du but poursuivi par le législateur, fût-il implicite.

791. C'est, du moins, la solution admise par le Conseil d'Etat à l'occasion d'une lignée jurisprudentielle, particulièrement commentée, ouverte en 1929 avec l'arrêt *Union des voies ferrées et des transports automobiles*[84]. Pour redynamiser la formation professionnelle et encourager l'apprentissage, l'article 25 de la loi du 13 juillet 1925 avait institué des possibilités d'exonération d'une taxe sur l'apprentissage sans toutefois préciser l'âge au-dessus duquel l'employé ou l'ouvrier ne pourrait plus être regardé comme apprenti. En fixant cet âge à 18 ans, le RAP édicté en application de cette loi a donc *conditionné* l'exonération fiscale à l'existence d'une situation (l'exigence d'âge) non expressément prévue par la loi, en ajoutant une règle de fond supplémentaire à celle prévue par le législateur. Y a-t-il là une innovation abusive, étendant ou restreignant, quant aux personnes ou aux choses, le champ d'application de la loi ? Suivant son commissaire du gouvernement, le Conseil d'Etat ne l'a pas pensé. Dans ses conclusions, Charles Ettori milite pour une *« interprétation libérale de la légalité des RAP »*[85] :

> « il est indispensable que le Chef de l'Etat prenne les initiatives nécessaires ou même simplement utiles à l'application de la loi. Dans la ligne de la nécessité, soit qu'il définisse, soit qu'il institue, soit qu'il sanctionne, le RAP sera légal même s'il contient, en outre des principes expressément inscrits dans la loi, ceux qui y sont

---

[80] v., les exemples cités par Jérôme Solal-Céligny, en particulier une décision de la Cour de cassation de 1835 (SOLAL-CELIGNY, J., *Droit public approfondi : la loi et le règlement, op. cit.,* p.12 et doc. 4)

[81] v., en ce sens, HEITZMANN-PATIN, M., *Les normes de concrétisation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel,* Thèse de droit public, Paris 1, 2017, 510 pages, spéc. p.44

[82] v., sur ces conceptions fonctionnelles, LANZA, A., *L'expression constitutionnelle de l'administration française, op. cit.,* spéc. p.268

[83] *« Une erreur de rédaction,* remarque Romieu en 1902, *une omission, une lacune de la part du législateur, ne peut frapper de stérilité ses prescriptions. »* (« Conclusions » sous TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just,* Rec. p.715)

[84] CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et des transports automobiles, S.* 1930.III.50, concl. Ettori ; *D.* 1929.III.31, concl. Ettori ; *RDP* 1929.321, concl. Ettori. Sur cette jurisprudence, v. STECK, O., *op. cit.,* p.394-401

[85] ETTORI, C., « Conclusions », *RDP,* 1929, p.323

en germe. (…) Ici particulièrement se manifeste la nécessité de développer la loi non seulement dans son texte exprès, mais encore dans son contenu implicite. »[86]

Pour le commissaire du gouvernement, loin d'apparaître comme une innovation abusive, la condition d'âge fixée par le RAP est une *« disposition nécessaire à l'application de la loi »*[87] qui, à elle-seule, est silencieuse sur la définition de l'apprenti. En rejetant la requête, le Conseil d'Etat admet cette façon de voir. L'effectivité de la loi justifie donc l'extension – même sans texte – du champ du pouvoir réglementaire complémentaire.

792. La question s'est posée dans des termes presque identiques en 1953 à l'occasion de l'affaire dite « du BCG » avec l'arrêt *Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille*[88]. La loi n° 50-7 du 5 janvier 1950 avait rendu obligatoire la vaccination contre la tuberculose par le vaccin BCG en renvoyant au RAP les modalités d'application de la loi et la détermination des techniques de vaccination. Par décret du 9 juillet 1951, le Gouvernement avait ainsi imposé, aux sujets présentant un risque de contamination, une séparation prophylactique de deux mois d'avec leur entourage familial, ceci pour éviter que la réaction immunisante du vaccin se transforme en une attaque par le bacille de Koch. Le commissaire du gouvernement Mosset estimait, cette fois, que le Gouvernement avait outrepassé ses pouvoirs[89]. Tout en reconnaissant qu'elle est effectivement susceptible de porter de *« fortes atteintes à la liberté individuelle et à l'exercice des droits de la puissance paternelle »*[90], l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat admet néanmoins la légalité de cette *« mesure indispensable »* qui doit être regardée comme *« faisant partie intégrante de la technique de la vaccination. »* Là encore, la position du Conseil d'Etat témoigne de l'attention portée à la nécessité de ne pas *paralyser* ou *dévoyer* l'application de la loi ; or, l'absence de séparation prophylactique aurait, dans cette hypothèse, en accroissant le risque de contamination, produit l'effet inverse de celui escompté par le législateur en votant la loi. Bien qu'elle porte atteinte aux libertés individuelles, cette innovation est donc *indispensable* à

---

[86] *ibid.,* p.322

[87] *ibid.,* p.325

[88] CE, Ass., 12 décembre 1953, *Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille,* Rec. p.545 ; *D.* 1954.511, note Rossillion. Les conclusions Mosset, non publiées, ont été commentées et partiellement citées par Lucien Sfez (v. SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *in :* AMSELEK, P., BUFFELAN, J.-P., CATHELINEAU, J., *Etudes de droit public,* Paris : Cujas, 1964, 504 pages, p.249-285, spéc. p.264)

[89] v., quelques éléments de synthèse des conclusions Mosset, cités par SFEZ, L., *ibid.,* p.264

[90] « considérant que la séparation prophylactique du sujet du milieu contagieux (…) est une mesure indispensable, qu'elle doit donc être regardée comme faisant partie intégrante de la technique de la vaccination, matière pour laquelle le législateur a prévu que le gouvernement ferait usage de son pouvoir réglementaire ; que dans ces conditions et alors même qu'elle est susceptible de fortes atteintes à la liberté individuelle et à l'exercice des droits de la puissance paternelle, la mesure contestée a pu légalement être imposée par le décret du 9 juillet 1951 »

la bonne application de la loi. Là encore, c'est l'adaptation de la loi aux faits qu'elle entend régir (la lutte contre la tuberculose) qui justifie la marge d'innovation du règlement complémentaire.

793. En définitive, et comme le reconnaît Félix Moreau dès 1902, lorsque la loi est incomplète – et elle l'est par la force des choses – c'est au pouvoir réglementaire d'en combler les lacunes[91], en l'adaptant aux faits qu'elle entend régir. Ces considérations justifient – selon les mots mêmes du commissaire du gouvernement Ettori en 1929 – la *« grande latitude d'initiative »*[92] reconnue à l'Exécutif pour la confection des règlements. Le pouvoir réglementaire complémentaire est donc un nécessaire pouvoir discrétionnaire. Sous réserve de ne contrarier ni la lettre, ni l'esprit, de la loi qu'il complète, (et sauf habilitation législative spéciale[93], ou théorie des « innovations indispensables), il est libre. Parce qu'il a pour fonction de veiller à ce que la loi ne demeure jamais lettre morte, le pouvoir réglementaire complémentaire est progressivement apparu comme d'exercice obligatoire.

§2. L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire complémentaire

794. En 2004, Gérard Larcher, président de la commission des affaires économiques du Sénat, s'inquiète de la *« fracture réglementaire »*[94] qui sépare le vote de la loi et son application. Cette préoccupation est ancienne. Georges Ripert s'en inquiétait déjà dans les années 1950[95] et Montesquieu la formulait en ces termes au XVIIIe siècle : *« Lorsque, dans un gouvernement populaire, les lois ont cessé d'être exécutées, (...) l'Etat est déjà perdu. »*[96] La multiplicité des études consacrées à cette question témoigne du caractère sensible et stratégique qu'elle revêt pour la réalisation de la *volonté générale* dans la République

---

[91] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.202

[92] ETTORI, C., « Conclusions », *RDP,* 1929, p.322

[93] Dans cette hypothèse, on quitte la question du rapport de « complémentarité » et on renoue avec celle du rapport « d'habilitation » (*cf.,* chapitre précédent)

[94] LARCHER, G., « Du vote de la loi à son application : la fracture réglementaire. », *Droit administratif,* n°2, Février 2004, chr. 3. A partir des années 1970, le contrôle de l'application des lois occupe une large part des activités des commissions parlementaires. Elles se dotent d'outils et d'indicateurs dans les années 1990 et 2000. v., sur cette question, GUIBAL, M., « Le retard des textes d'application des lois », *RDP,* 1974, p.1039-1078 ; TÜRK, P., *Les commissions parlementaires permanentes et le renouveau du Parlement sous la Ve République, op. cit.,* p.210-212 et p.429-431 ; PREUVOT, P., « Réflexion sur les remèdes aux difficultés d'application des lois », Communication au VIIIe Congrès français de droit constitutionnel, 16, 17 et 18 juin 2011 [En ligne]

[95] RIPERT, G., *Le déclin du droit, op. cit.,* p.97 ; RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit, op. cit.,* « chapitre VII – La réception des lois », spéc. p.364-378

[96] *L'Esprit des lois,* Livre I, chapitre III.

parlementaire[97]. Si, à la faveur du caractère *indispensable* du règlement complémentaire, s'est progressivement imposée l'obligation d'assurer l'application des lois (A), c'est à la faveur de son caractère *adaptateur* que s'est imposée celle de la modification du règlement à la suite d'un changement de circonstances (B).

A- L'OBLIGATION D'APPLICATION REGLEMENTAIRE DES LOIS

795. L'obligation juridique de l'application réglementaire des lois est le fruit d'une construction doctrinale et jurisprudentielle élaborée dans la première moitié du XXe siècle. Elle résulte d'un double mouvement : la reconnaissance du caractère conditionnant et suspensif du règlement indispensable à l'application de la loi (1) et la juridicisation de l'obligation corollaire de l'édicter (2).

1) Le règlement, condition suspensive de l'application de la loi

796. Si l'incomplétude de la loi parlementaire est la raison d'être du pouvoir réglementaire complémentaire, ses lacunes justifient-elles néanmoins d'en suspendre l'application jusqu'à l'intervention des règlements nécessaires ? L'affirmative s'est progressivement imposée s'agissant des dispositions considérées *indispensables* à l'application de la loi. Le règlement complémentaire, lorsqu'il est nécessaire, apparaît comme « l'acte-condition » de l'application de la loi (b). Cette solution résout les difficultés nées de l'incertitude de l'entrée en vigueur des lois incomplètes (a).

a) Les problèmes : l'incertaine vigueur des lois incomplètes

797. Le souci d'enraciner la République parlementaire par la loi avait conduit, dès le 5 novembre 1870, le Gouvernement de la Défense Nationale, *« considérant qu'il importe*

[97] v., sans prétendre à l'exhaustivité, GRAUX, G., « La loi et les règlements d'administration publique », *Revue politique et parlementaire,* 1899, p.460-184 ; HERZOG, J.-L., « La loi et le règlement d'administration publique. Les effets suspensifs de la délégation législative », *RDP,* 1938, p.643-692 ; CHATELAIN, J., *De la compétence discrétionnaire du gouvernement dans l'application des lois et des jugements sous le régime des lois constitutionnelles de 1875,* Thèse, Paris : Impr. Laverge, 1942, 304 pages ; MONTANE de LA ROQUE, P., *L'inertie des pouvoirs publics,* Paris : Dalloz, 1950, 546 pages ; AUBY, J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP G,* 1953.I.1080 ; MILLARDET, G., *La subordination de la mise en vigueur des lois à la parution des règlements d'application,* Thèse : Paris, 1958, 225 pages ; DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.481-493. Pour des analyses récentes, v. LAQUIEZE, A., « Le fondement constitutionnel de l'obligation pour le pouvoir réglementaire d'exécuter les lois », Note sur CE, Sect., 28 juillet 2000, *Association France nature environnement, Les Petites Affiches,* 17 novembre 2000, n°230, p.14-20 ; STECK, O., *op. cit.,* p.352-370 et p.401-408 ; SEILLER, B., « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA,* 2004, p.561-766. ; BECHILLON (de), D., « A propos de l'obligation faite au Gouvernement de prendre des règles d'exécution des lois », *AJDA,* 2009, p.686-689

d'établir d'une manière certaine l'époque où les actes législatifs sont obligatoires »[98], à créer le *Journal officiel de la République française* et à clarifier les modalités d'entrée en vigueur des lois et règlements ; par principe, la loi entre en vigueur à Paris un jour franc après sa promulgation et, partout ailleurs, un jour franc après que le *Journal officiel,* qui les contient sera parvenu au chef-lieu d'arrondissement. Malgré ces principes, et – sous la pression des circonstances, politiques ou techniques – nombreuses sont les lois qui, dès la fin du XIXe siècle, soit subordonnent leur entrée en vigueur à la publication des RAP qu'elles imposent, en fixant ou non un délai pour l'intervention de ces RAP, soit diffèrent leur entrée en vigueur de plusieurs mois pour permettre aux RAP qu'elles imposent d'intervenir, sans impartir pour autant de délai à cette intervention[99]. Cette première situation fait naître une première série de difficultés : que se passerait-il si les RAP n'intervenaient jamais ? que se passerait-il s'ils intervenaient trop tard ? que se passerait-il si le RAP devait, à son tour, être complété par des décrets ou arrêtés ? dans l'hypothèse où plusieurs RAP seraient nécessaires, faudrait-il que la loi entrât en vigueur à la date de l'intervention du premier RAP, ou du dernier ? La seconde situation est beaucoup plus fréquente ; il s'agit de celle dans laquelle la loi, renvoyant à des RAP le soin de la compléter, ne précise aucunement la date d'entrée en vigueur de ses dispositions. Le silence du législateur doit-il s'interpréter comme subordonnant cette entrée en vigueur à l'intervention des RAP, ou comme renvoyant aux principes généraux du décret-loi du 5 novembre 1870 ? Dans cette dernière hypothèse, la loi ne risquerait-elle pas l'inapplicabilité ?

b) La solution : le règlement, « acte-condition » de l'entrée en vigueur de la loi

798. Les difficultés posées par ces questions ont rapidement conduit la doctrine et la jurisprudence à dégager des principes directeurs. Dès la fin du XIXe siècle, les civilistes admettent l'idée que la mise en vigueur de la loi puisse, nonobstant les principes du décret-loi du 5 novembre 1870, être assortie d'une *condition suspensive*[100], ce dont témoigne le commentaire de Gabriel Baudry-Lacantinerie et Maurice Houques-Fourcade, sous l'article 1er

[98] Décret du 5 novembre 1870 relatif à la promulgation des lois et des décrets par l'insertion au *Journal officiel* (J.O.R.F. du 6 novembre, p.1685)

[99] v. les nombreux exemples cités par Graux, Moreau et Herzog (GRAUX, G., *art. cit.* p.460-184 ; MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.150-154 ; HERZOG, J.-L., *art. cit.,* p.643-692)

[100] v. la définition qu'en donne le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (*cf., supra,* chapitre précédent, n°661 et les références citées)

du Code civil[101]. En 1899, Georges Graux est l'un des premiers auteurs à s'interroger spécifiquement sur les difficultés nées de la généralisation du renvoi au RAP et de leurs conséquences sur l'entrée en vigueur des lois ; dès cette époque, il plaide en faveur du caractère *suspensif* et *conditionnant* du renvoi au RAP. L'hypothèse est évidente lorsque la loi subordonne elle-même son entrée en vigueur à l'intervention d'un RAP ; mais Georges Graux considère qu'il faut la généraliser aux situations dans lesquelles une loi serait *« matériellement inapplicable »* [102] sans l'intervention des RAP. Toute conclusion inverse reviendrait à laisser la loi à *« l'état de doctrine, de théorie, de principe général. »*[103] Ainsi, et paradoxalement, c'est au nom de la souveraineté parlementaire – de la pleine réalisation de l'expression de la volonté générale – qu'est justifiée la subordination de la loi à la condition suspensive de l'intervention nécessaire des règlements qui la complètent. Graux est rapidement suivi, sans véritable controverse, par une grande partie de la doctrine ; Moreau l'admet, par exemple, en 1902 et Duguit en 1924[104].

799. La jurisprudence s'est ralliée à cette position. En 1906, Jean Romieu invite le Conseil d'Etat à admettre le principe de cette suspension de l'exécution de la loi dans deux situations : lorsque la loi subordonne *expressément* son exécution à la publication des RAP qu'elle prévoit, et lorsque *« l'application de la loi est manifestement impossible, tant que les règlements n'ont pas été publiés. »*[105] Dans cette dernière hypothèse, il s'agit de rechercher si,

---

[101] *« Parfois la publication de la loi ne la rend pas immédiatement obligatoire. (...) »,* car il arrive que sa mise en vigueur soit *« subordonnée à l'arrivée d'un fait dont la réalisation doit être elle-même l'objet d'une publication nouvelle. Ce fait était, pour l'application de la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes, la confection d'un RAP. »* (BAUDRY-LACANTINERIE, G., HOUQUES-FOURCADE, M., *Traité théorique et pratique de droit civil, I, Des personnes,* tome 1er, 3e éd., Paris : Sirey, 1907, 780 pages, spéc. p.83-84 ; Pour Théophile Huc, *« [l]a promulgation devrait avoir lieu dans les délais ordinaires, quand bien même la mise en vigueur de la loi serait subordonnée à une condition suspensive. »* (HUC, T., *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* tome 1er, Paris : Librairie Cotillon : F. Pichon, sucesseur, 1892, 532 pages, spéc. p.45)

[102] GRAUX, G., « La loi et les règlements d'administration publique », *art. cit.,* p.476. L'auteur précise : *« ce sera par exemple le cas d'une loi prohibitive sans sanction, – d'une loi fiscale, ne précisant pas le tarif applicable, ou omettant, soit de fixer l'assiette du droit, soit d'organisation le contrôle administratif destiné à réprimer la fraude. (...) Il en serait de même de l'article d'une loi, qui chargerait le pouvoir exécutif de déterminer les peines applicables à un délit qu'elle aurait créé, ou à l'inverse d'une loi, qui chargerait le pouvoir exécutif de déterminer les circonstances d'un délai dont elle n'aurait prévu que les pénalités. »* (*ibid.*)

[103] *ibid.*

[104] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.149-154. V. aussi les propos de Duguit : *« Finalement, je crois que la seule conséquence que l'on puisse rattacher à la disposition législative chargeant le gouvernement de faire un RAP pour régler les détails d'application d'une loi, c'est que de ce fait il résulte que la mise en application de la loi doit être retardée jusqu'à la publication du règlement ainsi annoncé. (...) J'estime que même quand la loi ne dit rien, même quand elle ne fixe pas de délai dans lequel doit être fait le règlement, l'application de la loi est subordonnée à la publication du décret. S'il en était autrement, la disposition législative invitant le gouvernement à faire un RAP serait complétement inutile (...) »* (DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.709)

[105] ROMIEU, J., « Conclusions » sous CE, 30 novembre 1906, *Sieur Jacquin,* Rec. p.879, spéc. p.870-871

dans chaque espèce, le RAP est *« indispensable »*[106] à l'application de la loi. La solution est consacrée par un arrêt *Tastet* du 11 mars 1932 :

> « cons. que (…) le renvoi par la loi à un RAP du soin de déterminer les conditions d'application des dispositions nouvelles impliquait nécessairement que ces dernières ne devaient entrer en vigueur qu'après que ledit règlement aurait été pris et suivant les modalités par lui fixées »[107]

En 1934, elle est confirmée par un arrêt *Fontaneau*[108]. La jurisprudence de la IVe République enregistre cet état des choses ; le Conseil d'Etat et la Cour de cassation admettent, de façon constante, *l'illégalité* de l'application prématurée de la loi, comme le reconnaît Raymond Odent[109]. Les juges apprécient au cas par cas si le règlement est *indispensable* à l'entrée en vigueur de la loi, fût-ce après les délais prescrits. On peut donc écrire, avec Marcel Waline, que la jurisprudence a fait du règlement complémentaire, indispensable à l'application de la loi, un *« acte-condition »*[110] de son entrée en vigueur. Cette jurisprudence confirme – qu'en dépit de l'idéal républicain de subordination de l'administration à la loi – le règlement complémentaire *fait corps,* avec la loi qu'il complète. Il en est un prolongement indispensable, qui justifie la suspension même de l'application de la loi. Ainsi, est-il amusant de constater que la loi demeure – selon les mots de Carré de Malberg – la « condition » de l'activité réglementaire[111], mais que le règlement conditionne à son tour la mise en vigueur de la loi. Cette situation explique – et impose – que soit consacrée l'obligation *juridique* d'assurer l'exécution des lois.

2) Vers l'obligation juridique d'assurer l'exécution des lois

800. Il faut attendre les années 1950-1960 pour que soit consacrée l'obligation *juridique* d'assurer l'exécution des lois. Cette tardiveté s'explique par les difficultés, tant théoriques que pratiques, qu'il a fallu surmonter[112] ; comme le relève Jean-Claude Douence, c'est principalement l'absence de voies de recours et l'absence d'intérêt à agir des requérants qui

---

[106] *ibid.,* p.871

[107] CE, 11 mars 1932, *Tastet,* Rec. p.293 ; *S.* 1932.I.71 ; *D.* 1930.III.15

[108] CE, 29 octobre 1934, *Fontaneau,* Rec. p.973 ; *S.* 1935.III.2. Sur cette lignée jurisprudentielle, v. STECK, O., *op. cit.,* p.402-403

[109] ODENT, R., *Contentieux administratif,* 1957-1958, *op. cit.,* p.103 v. la jurisprudence citée, en particulier CE, Sect., 24 décembre 1943, *Ratié et a.,* Rec. p.304 ; CE, Sect., 23 novembre 1949, *Gaulard,* Rec. p.497

[110] WALINE, M., « Observation sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *RDP*, 1934, p.521-570, spéc. p.568

[111] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.594

[112] Jean-Claude Douence les identifie en 1965 (DOUENCE, J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, op. cit.,* p.482-488). En 1953, Jean-Marie Auby avait fourni au juge des arguments pour les surmonter (AUBY, J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *art. cit.,* chr. 1080)

ralentissaient les chances d'une consécration plus précoce[113], sans parler de la pudeur du juge à s'immiscer sur un terrain quasi politique. Pourtant, sous l'influence de la doctrine, la qualification déontique de l'habilitation à exercer le pouvoir réglementaire complémentaire change progressivement[114] ; d'utilisation libre, elle devient peu à peu d'usage obligatoire (a). Les sections administratives du Conseil d'Etat y veillent (b).

a) D'une obligation politique à une obligation juridique

801. Rares sont les auteurs de la doctrine classique à considérer que le renvoi au RAP n'impose aucune obligation positive au titulaire du pouvoir réglementaire complémentaire. Parmi eux, la position de Maurice Hauriou est emblématique. A la faveur de sa théorie de la primauté politique du pouvoir exécutif, et de l'idée que le RAP serait *« pacte volontaire »*[115] – entre les Chambres et le Gouvernement (*cf. supra,* n°773), le doyen toulousain considère que rien n'impose l'édiction du RAP, lequel résulterait d'une simple *« invitation »* [116] législative ; cette solution procède de la qualité de *« représentant autonome de la Nation »*[117] qu'Hauriou reconnaît au Président de la République au même titre que le Parlement et l'autorise, de son point de vue, à *retarder* ou *suspendre* l'exécution des lois[118]. Joseph Barthélemy admettait déjà l'hypothèse en 1907[119]. Hormis ces deux auteurs, la grande majorité de la doctrine de la IIIe République reconnaît le caractère *obligatoire* de l'intervention des RAP, mais n'y voit qu'une obligation *politique*[120]. Les propos de Duguit, en 1923, synthétisent, à peu près, cette façon de penser :

---

[113] Le caractère *général et impersonnel* du règlement, non créateur de droits, rend difficile la constitution d'un intérêt à agir. Quand bien même il eût existé, quelle pouvait être la sanction juridictionnelle d'une telle obligation à édicter une norme réglementaire ? Sauf à reconnaître un droit d'injonction au juge administratif, l'annulation d'une décision implicite de rejet d'édicter le règlement n'eût pas conduit à cette édiction. Sur tous ces points, v. DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.487-488

[114] On rappelle, avec Guillaume Tusseau, que la qualification déontique d'une habilitation renvoie au caractère, permis, obligé ou interdit, d'en faire usage. (*cf.* TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.347-356)

[115] HAURIOU, M., note sous l'arrêt, CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.29

[116] *ibid.* Sur la position d'Hauriou, v. STECK, O., *op. cit.,* p.354-356

[117] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.447

[118] Il est entendu que, pour Hauriou, cette suspension *de fait* de l'exécution des lois (en refusant d'exercer le pouvoir réglementaire) est à distinguer d'une suspension explicitement formulée par décision réglementaire. Cette hypothèse demeurerait inadmissible : *« il y aurait dans cette déclaration de volonté* une prétention au droit de suspendre la loi *qui serait d'une grande gravité et qui ne saurait être admise en temps de paix (...)* » (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., p.448)

[119] BARTHELEMY, J., « De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution », *art. cit.,* p.305 et s.

[120] v., BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *art. cit.,* p.324 ; CAHEN-SALVADOR, G., *La loi et le règlement, op. cit.,* p.301 ; DEJAMME, J., « Du pouvoir réglementaire », *art. cit.,* p.261 ; MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.149 ; JEZE, G., « Note sous CE, 6

> « [le renvoi au RAP] a seulement pour effet d'obliger le Gouvernement à faire le règlement complémentaire dans certaines conditions de délai (…), dans certaines conditions de forme (…). La seule sanction de ces diverses obligations paraît être la responsabilité politique du ministère. »[121]

Aux yeux de la doctrine classique, cette position se trouve confirmée par la nature du régime parlementaire qui suppose, sinon une collaboration, à tout le moins une relation de confiance entre les organes, voire l'indépendance politique d'un cabinet contrôlé et responsable. Quoi qu'il en soit, le système parlementaire est censé permettre la résolution des conflits qui interviendrait dans l'exécution des lois[122].

802. Malgré cela, le juge administratif s'est timidement engagé dans la voie du contrôle juridictionnel de l'application réglementaire des lois[123]. Le terrain de la responsabilité lui en donne l'occasion dans les années 1930. Dans un arrêt *Van Outryve* du 6 juillet 1934, le Conseil d'Etat admet la responsabilité de l'Etat du fait du retard apporté par le ministre dans les mesures d'application d'une loi[124]. Deux ans plus tard, le 24 juillet 1936, par l'arrêt *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte d'Or,* la Section du contentieux confirme cette solution en imposant cette fois au Gouvernement un *« délai raisonnable »* dans l'application d'une décision de justice[125]. Pour importants qu'ils soient, ces arrêts demeurent relativement limités dans leur portée. En engageant la responsabilité de l'Etat du fait du retard mis dans l'application de textes *déjà en vigueur,* ces solutions jurisprudentielles ne résolvent pas véritablement la question de l'application des lois dont l'entrée en vigueur, suspendue, est considérée comme *conditionnée* par l'intervention des règlements indispensables (*cf. supra*, n°798 s.). Or, là réside le principal intérêt d'une obligation juridique d'assurer l'application

---

décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est »*, *RDP,* 1908, p.48 ; HERZOG, J.-L., « La loi et le règlement d'administration publique », *art. cit.,* p.647 ; AUBY, J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *art. cit.,* chr. 1080

[121] DUGUIT, L., *Manuel de droit constitutionnel,* 3e éd., *op. cit.,* p.528

[122] Félix Moreau – authentique partisan du système parlementaire équilibré – le souligne en ces termes : *« Les abus ne sont guère à craindre, à cause de la responsabilité des ministres devant les Chambres. Le régime parlementaire agit ici de deux façons : d'abord, si les Chambres estiment que le RAP se fait trop attendre, elles mettent les ministres en demeure de le soumettre à la signature du Président ; au besoin, elles renverseraient un ministre récalcitrant. Mais les ministres n'auront pas souvent de bonnes raisons pour essayer d'empêcher par des délais indéfinis l'application de telle loi. S'ils jugent la loi si mauvaise qu'ils songent à en refuser l'application, ils la combattent devant le Parlement ; si elle passe malgré leur opposition, ils démissionnent. »* (MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.151)

[123] Sur cette évolution jurisprudentielle, et pour une analyse complète, v., LAQUIEZE, A., « Le fondement constitutionnel de l'obligation d'exécuter les lois », *art. cit.,* et STECK, O., p.361-370.

[124] CE, Sect., 6 juillet 1934, *Société Van Outryve et Cie et autres sociétés,* Rec., p.788 ; *S.* 1934.3.116 ; *RDP* 1934.629, concl. Rivet. *« cons. qu'en retardant de six mois, par voie de disposition générale, les mesures d'exécution de la loi du 14 avril 1932, [le ministre] a excédé ses pouvoirs ; que les requérants sont fondés à soutenir que l'illégalité ainsi commise par le ministre engage la responsabilité de l'Etat ; »* L'Etat est condamné à verser… 1 franc d'indemnité !

[125] CE, Sect., 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte d'Or,* Rec., p.861 ; *D.* 1937.III.41, concl. Lagrange, note Waline

réglementaire des lois. Toujours est-il que ces deux arrêts ouvrent la voie à la reconnaissance juridictionnelle d'une telle obligation.

803. Il faut attendre la IVe République pour que le pas soit franchi. Le 13 juillet 1951, dans un arrêt *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*[126], la Section du contentieux du Conseil d'Etat admet *a contrario* que, lorsque l'absence de règlement complémentaire ne rend pas impossible l'application de la loi, l'intervention dudit règlement est laissée à la libre appréciation du ministre compétent. Dans l'hypothèse inverse, le ministre eût été *obligé* de provoquer l'intervention du règlement indispensable à l'application de la loi. En 1953, dans un important article au *Recueil Dalloz,* Jean-Marie Auby plaide pour la confirmation de cette solution jurisprudentielle et la généralisation de l'obligation juridique d'exécution des lois[127]. A ses yeux, il faut se départir du point de vue traditionnel consistant à n'analyser l'application des lois que sous un angle politique, conformément aux principes du régime parlementaire. Seule une conception fonctionnelle de l'exécution, applicable d'ailleurs à tous les niveaux dans l'Etat, permet, d'après lui, de répondre aux arguments traditionnels et d'envisager l'obligation sous un angle juridique[128]. Cette solution est positivement consacrée par le Conseil d'Etat, le 13 juillet 1962, par son arrêt *Kevers-Pascalis.* Pour la première fois, le juge administratif annule une décision implicite de refus d'édicter les règlements nécessaires à l'application d'une ordonnance[129]. Si cette abstention constitue une faute engageant la responsabilité de l'Etat[130], l'annulation demeure purement symbolique en l'absence de pouvoir d'injonction du juge. La loi du 8 février 1995 permettra – beaucoup plus tard – de procurer son plein effet à la jurisprudence *Kevers-Pascalis.* Au terme de cette évolution, on peut donc affirmer que, sauf à constituer un manquement susceptible d'engager la responsabilité de l'Etat, il existe une obligation

---

[126] CE, Sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF,* Rec., p.403

[127] AUBY, J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *art. cit.,* chr. 1080

[128] *« Des solutions différentes peuvent être dégagées si l'on se place sur un autre terrain, celui des* fonctions constitutionnelles du Gouvernement. *(...) ».* Cette analyse fonctionnelle conduit Auby à insister sur la *« distinction fondamentale et traditionnelle des autorités délibérantes et exécutives. (...) Cette division de la fonction normative qui correspond à divers fondements historiques, politiques ou techniques, n'a de sens, lorsqu'un équilibre constitutionnel est assuré entre les autorités, que si la fonction d'exécution présente un caractère obligatoire. Sans cette règle, la fonction délibérante serait en quelque sorte annihilée par l'opposition de l'autorité exécutive qui disposerait d'un pouvoir absolu d'empêcher : le pouvoir délibérant se confondrait avec un organe consultatif. »* (*ibid.*)

[129] CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis,* Rec., p.475 ; *D.* 1963.606, note Auby. *« Cons. que, si l'autorité compétente est en droit de répartir entre plusieurs textes réglementaires la fixation de ces modalités d'application, les autorités chargées de l'exécution de l'ordonnance du 15 juin 1945 ne peuvent légalement s'abstenir de prendre les mesures réglementaires nécessaires à l'application de cette ordonnance en ce qui concerne certaines catégories d'agents bénéficiaires de ce texte ; »*

[130] CE, Ass., 27 novembre 1964, *Veuve Renard,* Rec., p.590, concl. Galmot ; *AJDA* 1964.678 ; *D.* 1965.632, note Auby

juridique – désormais constitutionnelle[131] – d'édicter, dans un délai raisonnable, les règlements nécessaires à l'application de la loi, sous le contrôle du juge qui, le cas échéant, peut enjoindre au Gouvernement de procéder à cette intervention réglementaire. On mesure combien l'obligation d'assurer l'application réglementaire des lois apparaît comme le corollaire de la théorie de la suspension conditionnelle de la loi (*cf. supra,* n°798 s.) et de celle des innovations indispensables (*cf. supra,* n°788 s.) ; cet ensemble jurisprudentiel confère au Gouvernement les pouvoirs nécessaires pour permettre *l'actualisation* de la volonté générale, telle qu'exprimée par la loi[132]. Il confirme que, loin d'être un acte d'application mécanique de la loi, le règlement complémentaire en constitue le prolongement.

b) Une obligation surveillée par les sections administratives du Conseil d'Etat

804. Au stade de l'examen des projets de RAP, les sections administratives du Conseil d'Etat sont particulièrement vigilantes au respect de cette obligation. Elles veillent, en particulier, à ce que le Gouvernement édicte toutes les dispositions indispensables pour permettre à la loi d'entrer en vigueur. Sous la IVe République, deux avis permettent d'illustrer l'attention portée à ces considérations. Le 13 mai 1952, la Section des travaux publics du Conseil d'Etat[133] modifie un projet de décret en y ajoutant une disposition jugée *indispensable* à l'application de la loi du 5 janvier 1952[134]. Par son article 16, cette loi autorise Gaz de France à demander aux collectivités lui ayant concédé des distributions de gaz dont les ventes et les recettes ne permettaient pas de couvrir les charges d'exploitation, d'inscrire dans leur budget les crédits nécessaires à la couverture des déficits correspondants. Elle renvoie à un décret en Conseil d'Etat la fixation des modalités d'application de cette disposition. Saisie du projet en question, la Section des travaux publics y a apporté de substantielles adjonctions. Elle s'en explique dans sa note :

> « [Le Conseil d'Etat] a inséré dans le projet, sous le nouvel article 4, un article, – ne figurait pas dans la rédaction présentée, – en vue de déterminer les

[131] CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement,* Rec., p.322 ; *RFDA* 2003.116, note Deffigier ; *AJDA* 2000.959 ; *LPA* 17 nov. 2000, et la note d'Alain Laquièze « Le fondement constitutionnel de l'obligation pour le pouvoir réglementaire d'exécuter les lois ». L'arrêt est notamment rendu au visa des articles 13, 21 et 37 de la Constitution. Pour une analyse de la situation actuelle, v. SEILLER, B., « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *art. cit.*

[132] v., EVEILLARD, G., « La place de la volonté générale dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral », *Juspoliticum,* n°10, mars 2014, [En ligne]

[133] CE, Section des travaux publics, 13 mai 1952, « Projet de décret fixant les conditions d'application de l'article 16 de la loi n°14-52 du 5 janvier 1952 », n°257696 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/242

[134] Loi n°52-14 du 5 janvier 1952 relative au développement des dépenses d'investissements économiques et sociaux pour l'exercice 1952 (J.O.R.F. du 6 janvier, p.258)

règles à suivre pour la détermination de l'existence et du montant du déficit de l'exploitation, détermination qui constitue le préliminaire indispensable au déclenchement de la procédure instituée par la loi. Il a paru, au Conseil, que la délégation qui figure au dernier alinéa de l'article 16 oblige le Gouvernement à régler par décret en Conseil d'Etat, et non par une simple circulaire, une modalité d'application aussi essentielle. »[135]

Autrement dit, la Section reconnaît le caractère indispensable des dispositions – ici purement « constructives » (*cf. supra,* n°786) – dont il est question, et s'assure que le Gouvernement fasse usage de son pouvoir réglementaire pour les édicter. Plus que cela, elle exclut l'hypothèse d'une application de la loi par voie de circulaires qui, avant 1954, ne sont pas susceptibles d'être déférées au Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir[136] ; ce faisant, le Conseil protège aussi ses propres attributions, consultatives et contentieuses. Le 10 juillet 1952, c'est cette fois l'Assemblée générale du Conseil d'Etat qui procède, pour les mêmes raisons, à l'addition d'un article dans un projet de RAP édicté en application d'une loi du 24 mai 1951. Le Conseil considère que *« ce RAP doit permettre à toutes les dispositions de la loi d'entrer en vigueur. [Qu']il ne peut donc pas faire abstraction d'un article qui prévoit une réduction de tarif pour la location des fils utilisés par les journalistes et agences de presse »*[137].

805. On perçoit combien l'obligation *négative* faite au Gouvernement de ne pas contrarier ou ajouter à la loi, se transforme progressivement au XXe siècle en une obligation *positive* de faire usage du pouvoir réglementaire afin d'apporter à la loi toutes les innovations nécessaires pour permettre son entrée en vigueur et en garantir la meilleure réalisation. Cette évolution témoigne du caractère élémentaire de la participation du règlement au perfectionnement de l'œuvre législative formelle. Bientôt, cette obligation d'assurer l'application de la loi aboutit à la reconnaissance d'une obligation d'assurer *l'adaptation* de la loi.

B- L'OBLIGATION D'ADAPTATION DES REGLEMENTS

806. Si le règlement complémentaire a pour fonction d'adapter la loi aux faits qu'elle entend régir, il est évident qu'un changement dans les circonstances de fait (*a fortiori* de droit) qui motivent ce règlement entraîne l'obligation de l'abroger ou de le modifier. Ce

[135] CE, Section des travaux publics, 13 mai 1952, « Projet de décret fixant les conditions d'application de l'article 16 de la loi n°14-52 du 5 janvier 1952 », n°257696 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/242

[136] CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker,* Rec., p.64 ; *RPDA,* 1955.50, concl. Tricot ; *AJ* 1954.II *bis*.5, chr. Gazier et Long ; *RDP* 1955.175, note Waline

[137] CE, Assemblée générale, 10 juillet 1952, « Projet de décret portant RAP pour l'application de l'article 3 de la loi n°51-633 de la loi du 24 mai 1951 », n°258039 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/247

principe est timidement consacré, en 1930, par le Conseil d'Etat à propos des règlements municipaux de police[138] ; mais cette jurisprudence *Despujol* passe relativement inaperçue à l'époque – en témoigne son absence dans la première édition du *GAJA* en 1956 – et apparaît davantage comme un mécanisme de réouverture du délai de recours contentieux, que comme la consécration d'une obligation d'adaptation des règlements aux circonstances nouvelles[139]. Jean-Claude Douence a parfaitement analysé l'évolution de cette théorie jurisprudentielle, ainsi que ses implications procédurales et contentieuses[140] ; il convient de renvoyer largement à ses développements. Nouveau témoignage de l'influence de la doctrine sur la modification du droit positif, l'obligation d'adaptation des règlements aux circonstances nouvelles est sollicitée par la doctrine (1) avant d'être consacrée par le Conseil d'Etat (2).

1) Une sollicitation doctrinale : l'influence de Jean-Marie Auby

807. A vrai dire, la jurisprudence *Despujol* est relativement oubliée après 1930. Rares en sont les applications contentieuses, et presque toutes concernent des règlements de police locaux[141]. Il faut attendre, ici encore[142], un important article de Jean-Marie Auby paru, en 1959, à la *Revue du droit public* pour lui conférer un nouveau souffle. L'auteur en appelle, s'agissant des actes réglementaires, à une *« conception dynamique de la légalité »*[143], qui conduirait le juge – au nom de la *« loi d'adaptation »*[144] qu'il considère comme irriguant l'ensemble du service public – à apprécier la légalité d'un règlement *rec sic stantibus,* c'est-à-dire à s'assurer que la relation entre l'objet d'un règlement et ses motifs (de droit ou de fait) demeure conforme à celle exigée lors de son émission. Autrement dit, Auby invite le Conseil d'Etat à transposer et généraliser sa jurisprudence relative à l'exécution des contrats administratifs (théorie de l'imprévision) en matière de règlements administratifs ; il appartiendrait ainsi à l'administration de *maintenir les choses en l'état* et d'adapter, le cas

---

[138] CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol,* Rec. p.30 ; *D.* 1930.3.16, note PJL ; *S.* 1930.3.41, note Alibert

[139] En témoignent la note d'Alibert au *Recueil Sirey,* ainsi que les conclusions Braibant en 1964 : *« comme les commentateurs l'ont noté à l'époque, cette solution avait essentiellement pour objet d'assouplir les règles du délai de recours à l'égard des actes réglementaires, en permettant aux intéressés, qui étaient forclos pour attaquer l'acte lui-même, de se pourvoir contre le refus de le supprimer ou de le modifier ».* (BRAIBANT, G., « Conclusions » sous CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'agriculture c. Simonnet,* Rec, p.19 ; *RDP,* 1964, p.187. La formulation de l'arrêt invite effectivement à retenir cette lecture.

[140] DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.465-481

[141] v. les exemples recensés par Guy Braibant dans ses conclusions précitées (« Conclusions », *art. cit.,* p.186)

[142] v. déjà, à propos de l'obligation d'assurer l'exécution des lois, *supra,* n°803.

[143] AUBY, J.-M., « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, 1959, n°3, p.431-460, spéc. p.460

[144] *ibid.,* p.460

échéant, le règlement à la légalité nouvelle, c'est-à-dire aux circonstances nouvelles dans les faits que la loi entend régir ou provoquées par la loi elle-même[145].

808. En 1959, cette position est le réceptacle de toute la construction doctrinale et jurisprudentielle consistant à faire du règlement administratif un complément indispensable à l'application de la loi ; dès lors que le règlement apparaît comme un acte *d'adéquation* de la loi aux faits qu'elle entend régir, conditionnant l'entrée en vigueur de la loi elle-même, et dont l'édiction est obligatoire, il est logique d'admettre l'obligation d'en abroger ou d'en modifier les dispositions lorsque l'évolution de ces faits, ou l'évolution de la législation elle-même, perturbe le maintien en vigueur ou l'effectivité de cette loi. En définitive, les raisons qui président à l'obligation d'édicter une réglementation complémentaire sont les mêmes que celles qui président à l'obligation d'en assurer l'entretien[146].

2) Une consécration jurisprudentielle

809. L'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a consacré ces solutions dans deux arrêts du 10 janvier 1964, *Sieur Simonnet*[147], à propos d'un changement dans les circonstances de fait (a), et *Syndicat national des cadres des bibliothèques*[148], à propos d'un changement dans les circonstances de droit (b).

a) Hypothèse du changement dans les faits que la loi entend régir

810. L'article 9 de la loi du 31 décembre 1922, modifiant la loi du 25 juin 1920, avait contingenté la quantité globale de rhum destinée à l'importation en franchise de surtaxe vers la métropole en renvoyant à des décrets le soin de déterminer la répartition dudit contingent entre les différentes colonies. Conformément à ces dispositions, un décret du 15 avril 1926 avait attribué à la Guadeloupe son contingent d'exportation de rhum, qu'un décret du 22 septembre 1933 avait réparti entre les divers producteurs de sucre de canne (contingents individuels) de cette colonie, proportionnellement à leurs capacités de production. En 1956, Charles Simonnet, propriétaire d'une sucrerie en Guadeloupe, demande au ministre de

[145] *« Le principe selon lequel les services administratifs doivent constamment s'adapter aux besoins du public et aux exigences de la règle de droit explique la mutabilité traditionnellement attachée aux contrats administratifs et dont la présente étude a tenté de montrer l'application aux actes réglementaires. »* (*ibid.,* p.460)

[146] L'expression est empruntée à Bertrand Seiller (SEILLER, B., « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *art. cit.*, p.561 s.)

[147] CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'agriculture c. Simonnet,* Rec, p.19 ; *RDP* 1964.182, concl. Braibant et 455, note Waline ; *AJDA* 1964.150, chr. Fourré et Puybasset ; *S.* 1964.234, note J.-M. Auby

[148] CE, Ass., 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques,* Rec., p.17 ; *JCP* 1964.II.1357, note Blaevoet ; *S.* 1964.234, note Auby ; *RDP* 1964.459, note Waline, concl. Questiaux

l'agriculture de modifier ce dernier décret au motif que le contingent individuel, à lui attribué en 1933, est désormais inadapté à la réalité de sa production annuelle de sucre, qu'il crée une rupture d'égalité entre les producteurs, et sollicite du ministre une redistribution des contingents. Sa décision implicite de refus ayant été annulée par le Tribunal administratif de Basse-Terre, le ministre de l'agriculture défère le jugement au Conseil d'Etat.

811. Dans ses conclusions, Guy Braibant reconnaît sans difficulté la modification dans les circonstances de faits[149] et invite l'Assemblée du contentieux à préciser les contours de la jurisprudence *Despujol.* A ses yeux, il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'assurer un *« certain contrôle des faits »*[150] (c'est-à-dire un contrôle de l'adéquation de la décision à ses motifs de faits) qui, tout en laissant à l'administration le *« libre choix des moyens »*[151] (c'est-à-dire en se limitant à l'erreur manifeste d'appréciation), doit s'exercer, non seulement à l'occasion de l'examen de la validité du règlement lui-même, mais chaque fois qu'un requérant invoque un « changement de circonstances ». Comme Jean-Marie Auby, Guy Braibant considère qu'une telle solution manifesterait le souci du Conseil d'Etat *« d'adapter le droit au fait, et d'appliquer en matière administrative, dans la mesure du possible, la règle* rebus sic stantibus *»*[152].

812. En l'espèce, l'Assemblée du contentieux ne suit pas son commissaire du gouvernement, mais consacre le principe qu'il lui propose d'adopter. Ce faisant le Conseil d'Etat reconnaît une nouvelle fois la fonction spécifique du règlement complémentaire : en contingentant l'importation du rhum, il adapte la loi du 15 avril 1926 aux faits qu'elle entend régir (la production du rhum). Cette adéquation aux faits, indispensable à l'entrée en vigueur de la loi, est indispensable à son maintien en vigueur, de sorte que toute modification – *suffisante*[153] – dans la production du rhum entraînerait, sauf à priver la loi de ses effets, la modification des règlements édictés pour la contingenter. L'adéquation *permanente* de la loi aux faits qu'elle entend régir constitue donc le fondement commun à l'obligation d'édicter et à l'obligation de modifier ou d'abroger les textes réglementaires.

---

[149] *« En premier lieu, la production globale de sucre de la Guadeloupe a augmenté dans une forte proportion. (...) Cette évolution globale a été, d'autre part, très inégalement répartie ; certaines usines ont peu augmenté leur production antérieure de sucre, d'autres, comme celle du sieur Simonnet, l'ont multipliée plusieurs fois (...) »* (« Conclusions », *art. cit.,* p.186)

[150] *ibid.,* p.191-192

[151] *ibid.,* p.193

[152] *ibid.*

[153] v. les conditions qualitatives et quantitatives posées par l'arrêt *Simonnet.*

b) Hypothèse du changement dans la législation elle-même

813. Contrairement aux apparences, c'est encore le principe de l'adaptation de la loi *aux faits* qu'elle entend régir qui justifie l'obligation d'adapter le règlement complémentaire aux modifications intervenues dans la législation elle-même, c'est-à-dire dans les circonstances « de droit ». L'article 2 de la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires avait renvoyé à des RAP portant statuts particuliers le soin de préciser les modalités d'application du statut général. C'est sur ce fondement qu'avait été édicté, le 16 mai 1952, un décret – jamais déféré au Conseil d'Etat – portant statut des bibliothécaires relevant du ministère de l'éducation nationale. A l'aube de la Ve République, la loi du 19 octobre 1946 est explicitement abrogée par l'ordonnance du 4 février 1959 qui, tout en y substituant un nouveau statut général, maintient en vigueur les statuts particuliers édictés sur le fondement de l'ancien article 2. En dépit de ce dispositif, le Syndicat national des cadres des bibliothèques sollicite du ministre la modification de certaines dispositions du décret du 16 mai 1952 qu'il considère comme contraires au nouveau statut général. L'affaire est déférée au Conseil d'Etat à la suite d'une décision implicite de refus.

814. Le Syndicat invoque notamment l'article 19 de l'ordonnance de 1959 qui, en réaffirmant le principe du double concours (externe et interne) pour l'accès à la fonction publique, rend désormais obligatoire l'ouverture du second concours (concours « interne ») aux *agents non titulaires* de l'Etat. Pour ce motif, le décret du 16 mai 1952 – qui n'organise aucun second concours d'aucune sorte, ni pour les candidats fonctionnaires, ni pour les candidats contractuels de l'Etat – apparaît doublement contraire aux dispositions du statut général de 1959. La commissaire du gouvernement Nicole Questiaux partage cette analyse : *« [s]ur ce point, le nouveau statut innove : les concours uniques se trouvent condamnés comme méconnaissant la vocation aux emplois publics d'une nouvelle catégorie de personnels. »*[154] Or, continue-t-elle, *« ceci impliquait pour l'Administration une obligation d'adapter les statuts particuliers. »*[155] Pourquoi cette obligation ? Car, selon les mots de la commissaire du gouvernement, :

> « la règle nouvelle du concours <u>ne peut entrer en vigueur</u> sans mesures d'application ; il n'est pas question d'en renvoyer l'entrée en vigueur au jour où interviendrait une mesure générale d'application que la loi ne prévoit pas. La seule mesure d'exécution possible est la règlementation des statuts particuliers ; si ces statuts existent et prévoient un concours unique contraire aux termes de la loi, il est impossible de laisser subsister cette contradiction, par le seul motif que

[154] QUESTIAUX, N., « Conclusions », *art. cit., RDP,* 1964, p.464
[155] *ibid.*

> l'Administration n'est pas tenue d'assurer l'exécution de la loi dans un délai déterminé. »[156] (on souligne)

Ici encore, l'obligation résulte du caractère *conditionnant* du règlement d'application ; c'est pour ne pas laisser en suspens la législation nouvelle qu'est rendue obligatoire la modification des règlements qui – bien qu'édictés sur le fondement de la législation antérieure – en conditionnent l'application future. La théorie de l'acte-condition emporte donc l'obligation d'édicter, lorsqu'elle est indispensable à l'effectivité de la loi, une réglementation initiale ou modificative. Ici également, c'est l'adaptation de la loi nouvelle aux *faits nouveaux* qu'elle entend régir qui justifie l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire nouveau ; Nicole Questiaux le reconnaît sans difficulté :

> « ce n'est certainement pas par inadvertance qu'a été employé un terme qui ouvrait [dans l'ordonnance de 1959] le second concours aux non-fonctionnaires, aux employés de l'Etat auxiliaires ou contractuels. Dans le contexte de l'effort fait pour favoriser la promotion sociale, cet élargissement répondait à un mouvement d'opinion, à des suggestions précises des corps de contrôle. »[157] (on souligne)

Si l'évolution des *motifs de droit* entraîne l'abrogation implicite du règlement antérieur[158], c'est bien l'adaptation de la loi nouvelle (l'ouverture du second concours aux agents non titulaires) aux faits nouveaux qu'elle entend régir (la promotion sociale) qui justifie la modification des statuts particuliers. Le Conseil d'Etat admet cette solution et annule la décision implicite du ministre.

815. Cette jurisprudence connaîtra son équilibre définitif sous la Ve République. Cette obligation *« d'entretien »* [159] des règlements complémentaires témoigne de leur participation à *l'effectivité* à la loi. Ce « principe d'effectivité », reconnu par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans l'arrêt *Simmenthal,* figure d'ailleurs aux fondements de la jurisprudence *Alitalia*[160].

816. En définitive, l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire révèle la fonction spécifique occupée par le règlement complémentaire dans la réalisation de la loi. Loin d'être subordonné, il apparaît comme un véritable *adjuvant* législatif, parfois indispensable à l'effectivité de la loi, qui en conditionne, le cas échéant, l'entrée ou le maintien en vigueur.

---

[156] *ibid.,* p.464-465
[157] *ibid.,* p.464
[158] Il est admis que l'abrogation expresse ou implicite de la loi entraîne l'abrogation implicite du règlement antérieur pris sur son fondement.
[159] SEILLER, B., « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *art. cit.*, p.561 s.
[160] v. conclusions de Noël Chahid-Nouraï, *RFDA,* 1989, p.391-415, spéc. p.401-402

817. Conclusion de la section. Parce qu'il confère à la loi son achèvement, en réalisant les conditions de son effectivité, le règlement complémentaire participe au perfectionnement de l'œuvre législative formelle. Cette activité nécessite une marge certaine de liberté dans l'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire, correspondant à l'irréductible discrétionnalité laissée à l'administrateur dans l'appréciation des faits que la loi entend régir. Cette latitude lui permet d'adapter la loi aux circonstances, fût-ce en lui apportant les innovations jugées indispensables à son application. Difficile, dans ces conditions, d'y voir une activité d'exécution ; Duguit le souligne dès 1924 : *« compléter une loi, ce n'est pas l'exécuter ; c'est peut-être en faciliter l'application, mais ce n'est pas l'exécuter à proprement parler. »* [161] Comment penser cette nécessaire discrétionnalité du pouvoir réglementaire complémentaire ? La *Stufentheorie* viennoise fournit progressivement à la doctrine française les arguments d'une redéfinition du principe de légalité.

SECTION 2 : REPENSER LA LEGALITE

818. L'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire n'est pas une activité passive et mécanique ; faciliter l'application de la loi, y ajouter les dispositions indispensables pour l'adapter aux faits qu'elle entend régir, justifie un important pouvoir discrétionnaire peu compatible avec l'idée d'exécution. Au milieu du XXe siècle, ce constat invite la doctrine à réinterroger la question de la *légalité* de l'action administrative. L'idéalisation républicaine de la subordination de l'administration à la loi apparaît désormais insuffisante, sinon trompeuse, pour rendre compte *positivement* de la discrétionnalité de l'activité complémentaire des lois. Aux concepts hérités du XVIIIe siècle, il faut substituer des concepts permettant de mettre en évidence que, loin de se contenter de *respecter* la loi, l'administration a surtout pour fonction d'en assurer *l'effectivité*[162]. De ce point de vue, la *Stufentheorie* de l'école autrichienne, en réintroduisant la dimension *créatrice* dans toute activité normative, exerce une certaine attraction sur la doctrine française (§1) qui, parallèlement et progressivement, substitue l'idée de hiérarchie à celle de légalité (§2).

[161] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., tome IV, *op. cit.,* p.700

[162] AUBY, J.-M., « Le milieu juridique de l'Administration », *in :* AUBY, J.-M., BANDET, P., BOULET, L., et al., *Traité de science administrative, op. cit.,* p.182.

§1. La réception française de l'école autrichienne

819. La doctrine française est généralement présentée comme ayant été *« fort réticent[e] »* [163], voire *« réfractaire »* [164] à l'œuvre de Kelsen. Il est, sur ce point, symptomatique que les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 ne mentionnent, à aucun moment, les écrits et théories du juriste autrichien, ni même son nom. Peu accueillante, la doctrine française n'en reste pas moins profondément – et sans doute inconsciemment – influencée par le *« séisme normativiste »*[165]. Une brève mise en perspective *historique* de la réception de Kelsen en France (A) permet de comprendre l'intérêt *théorique* porté par la doctrine française à la *Stufentheorie* (B) pour l'analyse du pouvoir réglementaire.

A- ASPECTS GENEALOGIQUES : UNE INFLUENCE PAR REACTION

820. Comme le remarque Albert Brimo : *« [l']influence de Kelsen sur les juristes français a été beaucoup plus profonde qu'une prospection, limitée à l'analyse des œuvres des disciples avoués de Kelsen, ne le laisserait supposer. »*[166] L'histoire de cette réception est aujourd'hui largement écrite[167] ; elle fait apparaître que c'est davantage par *réaction* que par *adhésion* (1) que s'exerce l'influence – immédiate – de l'École de Vienne sur la doctrine française (2).

1) Une influence immédiate et générale

821. Contrairement à l'idée reçue, la réception de la *Stufentheorie* en France est relativement précoce. A vrai dire, elle suit presque immédiatement la parution des premières

---

[163] HERAUD, G., « L'influence de Kelsen dans les doctrines contemporaines », *Annales de la faculté de droit de Toulouse,* tome VI, 1958, p.171-191, spéc. p.180

[164] HERRERA, C.-M., « Avant-propos », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France,* Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, 2001, 147 pages, spéc. p.1

[165] PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* p.152

[166] BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat, op. cit.,* p.301

[167] v. principalement, HERAUD, G., « L'influence de Kelsen dans les doctrines contemporaines », *art. cit.,* ; PREVAULT, J., « La doctrine juridique de Kelsen. Examen critique. Rayonnement et déclin », *Annales de l'Université de Lyon,* 3e série, fasc. 27, Paris : Sirey, 1965, p.6-67 ; PFERSMANN, O., « Carré de Malberg et la « hiérarchie des normes » », *in :* BEAUD, O., WACHSMANN, P., (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918,* Strasbourg : Presses universitaires de Strasbourg, 1997, 345 pages, spéc. p.295-324 ; HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France, op. cit.* ; HOCHMANN, T., MAGNON, X., PONSARD, R., (dir.), *Un classique méconnu : Hans Kelsen,* Paris : Mare et Martin, août 2019, 434 pages ; PINA, S., *Des origines de la pensée de Hans Kelsen à sa réception en France (Contribution à une épistémologie juridique),* Thèse dactylographiée, Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2004, 697 pages ; PINA, S., « La réception de la théorie juridique d'Adolf Merkl en France », *Austriaca,* n°63, 2007, p.167-180 ; MAULIN, E., « Préface » *in :* CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés…, op. cit.,* ; PINA, S., « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *Archives de philosophie du droit,* tome 58, 2015, p.373-392 ; VAN OUWERKERK, S., « La réception de la théorie kelsénienne de l'Etat dans la doctrine française », *Jurisdoctoria,* 2018, p.29-53

éditions allemandes des principaux ouvrages de Merkl et Kelsen dans les années 1910 et 1920[168], c'est-à-dire bien avant la première édition de la *Reine Rechtslehre* en 1934 et sa première traduction française par Henri Thévenaz en 1953. On sait, grâce à Carlos-Miguel Herrera, que Duguit – qui lit parfaitement l'allemand – entreprend dès 1918 le commentaire des premiers travaux de Kelsen, dont il livrera une recension critique dans la troisième édition de son *Traité de droit constitutionnel*, parue à partir de 1927[169]. Parallèlement, Kelsen entreprend une *« démarche volontaire »*[170] de diffusion de ses propres travaux auprès de la doctrine française. En 1926 et 1928, il publie – avec Charles Eisenmann qui en assure la traduction – deux importants articles à la *Revue du droit public* qui synthétisent l'essentiel de sa théorie de l'Etat, du droit et de la justice constitutionnelle[171]. Eisenmann popularise encore les idées de Kelsen avec de la publication de sa thèse en 1928[172], ses premiers enseignements à la faculté de droit de Strasbourg[173] et la traduction française de *La Démocratie, sa nature et sa valeur* en 1932. A cette époque, la pensée kelsénienne commence ainsi à enfanter une jeune doctrine qui revendique ouvertement s'inscrire dans le sillage de l'École autrichienne. Outre Charles Eisenmann, René Capitant[174] et Georges Burdeau[175], dans leurs thèses

---

[168] La discussion critique qui s'engage, en France, dans les années 1920-1930 porte ainsi sur les premiers ouvrages (souvent, non encore traduits) de Kelsen et Merkl : KELSEN, H., *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,* 1911 ; *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* 1920 (dont Eisenmann traduira en Français la deuxième édition en 1932) ; *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff,* 1922 ; *Allgemeine Staatslehre,* 1925 ; MERKL, A., *Die Lehre von der Rechtskraft,* 1923 ; *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 1927

[169] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.1, 3e éd., p.42 et s. ; v. HERRERA, C.-M., « Duguit et Kelsen : la théorie du droit, de l'épistémologie au politique », *in :* BEAUD, O., WACHSMANN, P., (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, op. cit.,* p.325-345 ; HERRERA, C.-M., « Annexe : Sur les cahiers de notes de Léon Duguit sur Hans Kelsen », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France, op. cit.,* p.25-28

[170] PINA, S., « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *art. cit.,* p.374

[171] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », traduit par Charles Eisenmann, *RDP,* 1926, p.561-646 ; KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », traduit par Charles Eisenmann, *RDP,* 1928, p.197-257

[172] EISENMANN, C., (KELSEN, H., « Préface »), *La justice constitutionnelle et la Haute-Cour constitutionnelle d'Autriche,* Paris : LGDJ, 1928, 362 pages

[173] v. PRELOT, P.-H., « Actualité de Kelsen », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France, op. cit.,* p.9

[174] CAPITANT, R., *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique,* Paris : Dalloz, 1928, 230 pages. Capitant part des postulats kelséniens pour les dépasser. *« Au fond,* écrit-il, *la théorie de M. Kelsen est inachevée plutôt qu'inexacte. »* (p.164).

[175] BURDEAU, G., *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit positif français,* Thèse, Faculté de droit de Paris, 1930, 349 pages. Dans une note, il écrit : *« Nous nous ferions un scrupule de commencer cette étude sans dire tout ce qu'elle doit à la* Théorie générale de l'Etat *de M. Kelsen, telle qu'il en a donné un aperçu dans la* Revue du droit public *(1926, p.561). Sans peut-être aboutir à des conclusions absolument identiques à celles de l'éminent professeur viennois, il nous a du moins indiqué le point de départ stable en considération duquel on peut étudier l'organisation étatique. »* (p.52 cité par PINA, S., « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *art. cit.,* p.380). Burdeau parle *« de révélation »* et *« d'illumination »* pour caractériser sa rencontre intellectuelle avec Kelsen à la lecture de l'article paru à la *RDP* en 1926. (v. HERRERA, C.-M., « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France, op. cit.,* p.16)

soutenues respectivement en 1928 et 1930, appuient leurs démonstrations sur les théories de Kelsen, pour les compléter ou les dépasser (*cf. infra,* n°823). Quant à Marcel Waline, ses *« Observations sur la gradation des normes juridiques… »* parues en 1934 à la *Revue du droit public* témoignent, selon les mots de Guy Héraud, de rapports *« étroits et avoués »*[176] avec les idées de Merkl et Kelsen. On ne peut donc nier qu'il existe – sur la jeune doctrine publiciste du milieu du XXe siècle – une réelle influence kelsénienne, sans doute pas étrangère à la redéfinition des conceptions de l'Etat et du droit (donc des rapports de la loi et du règlement) qu'elle cherche à initier[177].

822. A leur tour, les grands maîtres du droit public consacrent, au tournant des années 1920-1930, de nombreuses pages à la discussion – souvent critique, voire clairement réprobatrice – de la *Stufentheorie.* Si Roger Bonnard entreprend en 1928 une présentation, plutôt bienveillante, de l'œuvre de Merkl[178], Léon Duguit et Maurice Hauriou se rejoignent dans la critique sévère qu'ils adressent dans leurs ouvrages respectifs en 1927 et 1929 aux théories de l'Ecole de Vienne[179]. La réfutation la plus sévère, et la plus aboutie, provient de Strasbourg – là même où enseignent désormais Eisenmann et Capitant –, sous la plume de Raymond Carré de Malberg. En 1933, dans sa *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* le maître strasbourgeois s'emploie à discuter méthodiquement les analyses du maître de Vienne et, s'il en partage certaines prémisses, en rejette les principales conclusions (*cf. infra,* n°841) [180]. Si bien qu'au milieu des années 1930, avant même la parution de la *Reine Rechtslehre,* la presque totalité des juristes publicistes français les plus influents du XXe siècle a déjà lu et commenté Kelsen, en se positionnant par rapport à ses

---

[176] HERAUD, G., « L'influence de Kelsen dans les doctrines contemporaines », *art. cit.,* p.185

[177] Aussi n'est-il pas étonnant de constater que, lorsqu'en 1945, Georges Burdeau invite ses collègues à redéfinir les fonctions de l'Etat en rompant avec les théories héritées du XVIIIe siècle, c'est en s'appuyant sur une conception graduelle et dynamique du droit. (BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *art.cit.,* spéc. p.214 et s.)

[178] BONNARD, R., « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *RDP,* 1928, p.668-696

[179] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.1, 3e éd., p.42 et s. ; HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel, op. cit.,* « Préface », spéc. p.VIII-XII

[180] A ce propos, Pierre-Henri Prélot écrit : *« A lire les pages de cet ouvrage vif, on devine chez Carré de Malberg comme un sentiment d'urgence à prévenir contre les séductions d'une doctrine qui vient bousculer tout l'édifice laborieusement mis en place depuis 1789, et dont il a consacré sa vie à affirmer la cohérence. »* Il ajoute *«* La Confrontation *paraît alors qu'il est âgé de 72 ans, et qu'il a arrêté ses enseignements. (…) Et c'est précisément le moment où le jeune Eisenmann arrive à Strasbourg, à l'issue du concours d'agrégation de 1930. Il a dû être beaucoup question de Kelsen ces années-là dans les discussions strasbourgeoises, et les échanges ont sans doute été passionnés. La nécessité pour Carré de Malberg de rédiger la* Confrontation, *peu de temps avant sa mort (en 1935) est-elle née un peu de ces discussions, et de controverses avec Eisenmann, on ne peut l'exclure tout à fait. »* (PRELOT, P.-H., « Actualité de Kelsen », *art. cit.,* p.7 et p.9)

travaux. Le mouvement s'accroit encore après la Seconde guerre mondiale avec la première traduction française de la *Théorie pure du droit* par Henri Thévenaz, en 1953, et la traduction de la seconde édition par Charles Eisenmann, en 1962. Dans l'éloge qu'il prononce, en 1963, à l'occasion de la remise de son doctorat *honoris causa* à Hans Kelsen par la Faculté de droit de Paris, Georges Vedel s'exprime ainsi : *« après lui, on ne pourra plus écrire et parler du droit sans ressentir l'emprise de sa pensée. »*[181]

2) Un accueil plutôt critique

823. Malgré cela, le normativisme peine à convaincre la doctrine classique et, mis à part Eisenmann[182], rares demeurent les véritables disciples de Kelsen en France. Si Duguit, Hauriou et Carré de Malberg s'entendent sur le rejet des idées kelséniennes, la nature de leurs critiques diffère. Duguit reproche à Kelsen de pousser *« l'objectivisme jusqu'à ses extrêmes limites »*[183], de sorte qu'en identifiant l'Etat au droit, la théorie kelsénienne (ce *« panthéisme juridique »*[184]) s'avère incapable de penser la limitation *de* l'Etat *par* le droit, raison d'être de l'œuvre duguiste. La critique d'Hauriou est d'ordre épistémologique ; en abandonnant l'étude de la *lex ferenda,* en se désintéressant de la morale et de la justice, le positivisme kelsénien aboutit à la désubstantialisation du droit. Cette prédominance de la forme sur le fond, sinon l'absorption de l'un par l'autre, (ce *« monisme énergétique et formel »*[185]), substitue à l'étude de *l'ars boni et æqui* celle de la technique et des procédures dont le résultat est, pour Hauriou, *« le sacrifice de la liberté »*[186], c'est-à-dire *in fine* la négation même de l'individu. Carré de Malberg, Capitant et Burdeau affrontent, quant à eux, Kelsen sur sa conception même de la structure de l'ordre juridique. Les trois auteurs en dénoncent le fondement purement hypothétique[187] et condamnent la dimension théorique (« spéculative »[188] dira Burdeau),

---

[181] VEDEL, G., « Eloge de Hans Kelsen », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France, op. cit.,* p.4

[182] Pour autant, il ne faut pas réduire la pensée d'Eisenmann à celle de Kelsen, duquel il a su s'émanciper. (v. MAULIN, E., « Eisenmann, Charles » *in :* ARABEYRE, P., HALPERIN, J.-L., KRYNEN, J., (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle, op. cit.,* p.306 ; v. aussi BONNARD, L., « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », *Juspoliticum,* n°8, septembre 2012 [En ligne])

[183] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* t.1, 3e éd., p.52

[184] DUGUIT, L., « Les doctrines juridiques objectivistes », *RDP,* 1927, p.537-573 : Duguit conclut son article de la façon suivante : *« en un mot le panthéisme juridique de Kelsen jusqu'à preuve du contraire m'apparaît comme la négation même du droit public. »* (p.573)

[185] HAURIOU, M., « Préface », *in : Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.XII

[186] *ibid.,* p.XI

[187] Capitant, s'agissant de la *Grundnorm,* écrit : *« M. Kelsen déclare qu'elle est* hypothétique. *Mais il faut dépasser M. Kelsen et dire qu'elle est* positive. *L'assemblée nationale en 1789 n'était pas* hypothétiquement *compétente, ni Bonaparte après Brumaire, ni, de façon générale, l'homme ou l'assemblée qui, après toute*

exclusivement normative, presque déshumanisée de la formation du droit[189]. Burdeau substitue ainsi à l'hypothétique *Grundnorm* kelsénienne, *« l'idée de droit »*[190] pour réintroduire la dimension matérielle dans la systématisation du processus de développement du droit. Capitant entend, quant à lui, opérer le « *rattachement du droit positif à la société »*[191], en substituant à la *Grundnorm* hypothétique, la *« masse sociale »*[192] des individus, seule à même de conférer, par son adhésion à une règle idéale, son caractère positif. Quant à Carré de Malberg, c'est parce qu'elle se désintéresse des *organes* desquels les règles émanent, que la théorie kelsénienne n'est pas susceptible de rendre compte du droit positif. A ses yeux, la science juridique, avant de s'attacher aux règles, doit *« tenir compte de ceux qui les font »*[193] ; car, ce n'est ni d'une hypothétique *Grundnorm,* ni de la Constitution que la loi tire sa force et son fondement, mais d'une puissance que le Parlement – représentant la souveraineté nationale – *« porte originairement en lui »*[194]. En définitive, pour Carré de Malberg, *« l'Etat doit être défini moins comme un système de normes que comme un système d'organes. »*[195] De là résulte la hiérarchie des fonctions et la subordination de l'administration à la législation.

824. Ces développements prouvent combien la pensée kelsénienne irrigue la réflexion sur les sources du droit au milieu du XXe siècle. Bien que critique, la doctrine française – particulièrement la jeune doctrine à l'origine d'une « nouvelle génération »[196] de publicistes à la Libération – demeure, par la force des choses, profondément influencée par le normativisme, dont il est désormais impossible de nier l'apport à la science du droit. Avant de contribuer à l'avènement du paradigme de la suprématie constitutionnelle[197], la *Stufentheorie*

Révolution, prend en main l'organisation de l'ordre nouveau. » (CAPITANT, R., *Introduction à l'étude de l'illicite, op. cit.,* p.164)

[188] BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome I, Le pouvoir politique, op. cit.,* 1ère éd., p.151

[189] CAPITANT, R., *Introduction à l'étude de l'illicite, op. cit.,* p.121 ; CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.30 et p.167 ; BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome I, Le pouvoir politique, op. cit.,* 1ère éd., p.152 ;

[190] BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome I, Le pouvoir politique, op. cit.,* 1ère éd., p.150-152

[191] CAPITANT, R., *Introduction à l'étude de l'illicite, op. cit.,* p.160-166

[192] *ibid,* p.163

[193] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.28

[194] *ibid.,* p.60

[195] *ibid.,* p.167

[196] v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.24 et s. L'auteur mentionne Marcel Prélot, Georges Burdeau, Georges Vedel, Roger Pinto, Maurice Duverger, Charles Eisenmann et René Capitant. On ajoute, parmi les « administrativistes », Marcel Waline, Jean Rivero et André de Laubadère.

[197] v. GREN, M., *Le changement de paradigme constitutionnel : étude comparée du passage de la suprématie législative à la suprématie constitutionnelle en France, en Israël et au Royaume-Uni,* Paris : Dalloz, 2019, 481 pages, spéc. p.363 et s.

est donc, en France, dès l'entre-deux-guerres, à l'origine d'une mutation des représentations du pouvoir réglementaire – dont elle permet de penser la discrétionnalité – et participe de la sorte à l'abandon progressif du paradigme de la suprématie législative.

B- LA *STUFENTHEORIE* ET LA FORMATION REGLEMENTAIRE DU DROIT

825. L'accueil critique réservé à la *Stufentheorie* ne doit pas masquer le réel intérêt – plus ou moins conscientisé – qu'elle représente, en pleine crise du parlementarisme, pour penser les manifestations nouvelles du pouvoir réglementaire[198]. La structure hiérarchique, graduelle et dynamique, qu'elle propose de l'ordre juridique (1) permet à la doctrine française de redéfinir le rapport de complémentarité en systématisant sa dimension discrétionnaire (2).

1) Aspects de la *Stufentheorie* : la production dynamique et graduelle de l'ordre juridique étatique

826. En tant que « théorie pure », la *Stufentheorie* postule l'identité du droit et de l'Etat (a) et permet d'expliquer, sur ce fondement, tant la validité (b), que le processus de création (c) de l'ordre juridique.

a) L'identité du droit et de l'Etat

827. A la faveur des principes de l'épistémologie néo-kantienne de la connaissance, et notamment de la distinction de l'*être (Sein)* et du *devoir-être (Sollen)* qu'elle propose, la théorie kelsénienne postule l'identité du droit et de l'Etat : *« Une théorie de l'Etat débarrassée de tout élément idéologique, métaphysique ou mystique, ne peut comprendre la nature de cette institution sociale qu'en la considérant comme un ordre réglant la conduite des hommes. »*[199] C'est uniquement parce que les *« impératifs émanent de lui »*[200] – c'est-à-dire parce qu'il impose aux individus une certaine conduite – qu'il peut être considéré comme une puissance supérieure aux individus. La véritable nature de l'Etat est donc d'être un

[198] Comme l'écrit Eric Maulin, *« on doit souligner le renfort qu'une telle théorie apporte aux critiques formulées contre la conception révolutionnaire de la loi et, par conséquent, contre la toute-puissance du Parlement, dans la mesure où elle relativise l'acte législatif du Parlement et refuse de lui reconnaître une véritable originalité. »* (MAULIN, E., « Préface », *art. cit.,* p.VI)

[199] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, 1953, *op. cit.,* p.155. Ces développements figurent déjà dans l'*Allgemeine Staatslehre,* dont un aperçu est présenté par Kelsen lui-même en 1926. v. KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.563 et s.

[200] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.564

« système de règles »[201] dont la compréhension – en tant que *science* – est exclusive de toute considération moraliste, contractualiste, jusnaturaliste ou sociologique[202]. La théorie générale de l'Etat, écrit Kelsen, relève donc de la théorie du droit[203], c'est-à-dire de l'étude de la validité et de la formation des règles *imputables* à l'Etat. Or, dès lors qu'elle est débarrassée des sciences causales et de la métaphysique, cette théorie – pure – du droit et de l'Etat, ne peut expliquer la validité de l'ordre étatique qu'*objectivement,* c'est-à-dire qu'à partir de l'ordre juridique lui-même.

b) La validité objective et dynamique de l'ordre juridique

828. *« L'existence de l'Etat,* écrit Kelsen, *est proprement du domaine de [la] validité du droit.* (Soll-Geltung). *»*[204] Contrairement aux systèmes moraux et religieux, dont le principe supérieur de validité des normes résulte d'un *contenu* immédiatement évident – c'est-à-dire, selon Kelsen, d'une *« norme fondamentale »* au caractère *« matériel et statique »*[205] – la validité du droit résulte moins de son contenu, que de la *« manière particulière »*[206] dont il a été posé. En ce sens, un ordre juridique est *« un système dynamique de normes »* ; la validité des actes qui s'y rattachent résulte *« [de] leur conformité à un ordre valable, [du] fait que les règles de cet ordre les ont prévus et ont réglé dans quelles conditions et par quelles personnes ils devraient être faits. »*[207] Ainsi, la nature de la norme fondamentale d'un ordre juridique diffère de celle des systèmes moraux ; son caractère n'est plus matériel et statique, mais *« formel et dynamique »*[208]. Elle n'est que le *« point de départ d'une procédure »,* le premier maillon d'une chaîne de validité[209]. Ainsi, et en définitive, comme le reconnaît Kelsen dès son *Allgemeine Staatslehre, « la validité d'une norme juridique se fonde précisément sur la norme qui en règle la création : une norme est valable si elle a été posée*

---

[201] *ibid.*

[202] Sur ces aspects de la science du droit, v. BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel..., op. cit.* p.365-378

[203] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.160 ; v. aussi, KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.577

[204] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.565

[205] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.114. Kelsen cite plusieurs exemples : *« les normes morales interdisant le mensonge, la tromperie ou le parjure [sont] déduites d'une norme fondamentale prescrivant de dire la vérité. De même, à la norme fondamentale prescrivant l'amour du prochain se rattachent le devoir de ne pas léser autrui et ceux qui sont dans le besoin. »* (*ibid.,* p.113-114)

[206] *ibid.,* p.114

[207] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.568

[208] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.115

[209] *« Seule la validité des normes d'un ordre juridique peut être déduite de sa norme fondamentale »* (*ibid.,* p.115). Dans les systèmes moraux, on peut déduire *« à la manière dont le particulier est contenu dans le général »,* le contenu des normes de leur norme fondamentale. (*ibid,* p.114)

conformément à celle-ci, qui est par rapport à elle une norme supérieure. »[210] Il en résulte que les systèmes juridiques sont nécessairement des systèmes hiérarchisés et unifiés[211], ramenés à un seul et même principe supérieur de validité. Un système juridique *souverain* est donc celui dont la norme fondamentale n'appartient à aucun autre système de règles[212] ; celui dont la norme fondamentale n'est pas *posée* – conformément aux prescriptions d'une autre norme – mais *supposée*[213]. Du point de vue de la connaissance normative, cette supposition est *« l'hypothèse qui permet à la science juridique de considérer le droit comme un système de normes valables. »*[214] Elle permet d'éviter la régression à l'infini de la chaîne de validité et, partant, de penser le point de départ de la création du droit dans un ordre souverain, l'Etat.

c) La création graduelle de l'ordre juridique

829. Dès lors que l'Etat s'identifie au droit et que celui-ci règle sa propre création, *« l'Etat,* écrit Kelsen, *se crée et se recrée sans cesse avec le droit. »*[215] Les fonctions de l'Etat sont donc exclusivement juridiques et se réduisent à des fonctions de *création du droit*[216]. Kelsen rejette ainsi – et Carré de Malberg lui donne raison sur ce point[217] – tant la conception consistant à faire des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) des fonctions juxtaposées et séparées dans l'Etat (pour faire simple, celle de Montesquieu), que celle assimilant la loi au droit (pour faire simple, celle de Jean-Jacques Rousseau).

830. Pour la *Stufentheorie,* comme son nom l'indique[218], le droit se créé par *degrés* successifs dans une même chaîne de validité : les normes posées en vertu des règles supérieures déterminent à leur tour l'édiction des normes inférieures. (*cf. supra,* n°828). De sorte que pour Kelsen, la distinction entre « création » et « application » du droit doit être relativisée ; *« créer une norme, c'est donc en même temps en appliquer une autre : un même*

---

[210] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.582

[211] *« Un ordre juridique,* écrit Kelsen, *n'est pas un système de normes juxtaposées et coordonnées. Il a une structure hiérarchique et ses normes se distribuent en diverses couches superposées. L'unité de l'ordre réside dans le fait que la création – et par conséquent la validité – d'une norme est déterminée par une autre norme, dont à son tour la création a été déterminée par une troisième norme. On peut ainsi remonter jusqu'à la norme fondamentale dont dépend la validité de l'ordre juridique dans son ensemble. »* (KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.123)

[212] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.582

[213] *ibid.* ; v. aussi KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.116

[214] *ibid.,* p.116

[215] KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.,* p.199

[216] *« Les fonctions de l'Etat sont donc des fonctions de création du droit, et l'ensemble en constitue le procès aux multiples étapes de la réglementation juridique. »* (KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.620)

[217] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.7-9

[218] *« stufen »* signifiant « échelonner »

acte est à la fois création et application du droit. »[219] Cette dualité fonctionnelle, applicable à tous les degrés de la formation du droit, conduit Kelsen à réduire les fonctions de l'Etat à deux : « la législation » et « l'exécution »[220]. Mais, la terminologie retenue ne doit pas tromper ; les deux fonctions ne s'opposent pas de façon absolue, mais de façon purement relative : *« législation et exécution sont, non pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du procès de création du droit (...). »*[221] Elles n'expriment qu'un rapport entre deux étapes successives dans la production du droit ; ainsi, *« la première constitution, soit le premier acte créateur de droit, applique la norme fondamentale. »*[222] A son tour, la législation ordinaire se présente, vis-à-vis de la Constitution, comme fonction *d'application* du droit – Merkl parle même *d'exécution* (*Vollziehung*) de la Constitution[223] –, alors que vis-à-vis du règlement, elle apparaît comme fonction de *création* du droit. Le règlement est, au degré inférieur, en situation *d'application* du droit au regard de la loi, mais demeure en situation de *création* du droit au regard du jugement, de l'acte individuel ou de l'acte de contrainte. A l'exception des cas-limites, le rapport législation (*legis latio*) / exécution (*legis executio*) s'exerce donc à chaque degré de la production du droit[224]. *« Chaque degré de l'ordre juridique,* écrit Kelsen, *constitue donc ensemble une production du droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur. »*[225] Ce processus indéfiniment renouvelé aboutit à la *concrétisation* croissante de l'ordre juridique.

831. Ainsi, et en définitive, les trois « pouvoirs » que distingue généralement la doctrine répondent uniquement, dit Kelsen, à *« trois pauses »*[226] dans la formation du droit, au sein d'une même chaîne de validité. Constitution, loi, règlement, acte individuel et jugement, acte de contrainte, sont certes les *« stades typiques de la formation de la volonté collective dans*

---

[219] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.620 ; v. aussi KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.128-129

[220] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.621 ; Sur ce point, v. EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *art. cit.,* p.295-296

[221] KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.,* p.199

[222] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.128

[223] MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht, op. cit.,* p.127 et MERKL, A., *Veröffentlichungen der Vereinigung der deustchen Staatsrechtslehrer,* H.5, 1929, p.101, cités par CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.60-61

[224] Il en résulte que *l'idée de régularité* s'applique à chaque degré de la formation du droit. Kelsen préfère donc l'idée de *« normalité »* (c'est-à-dire de conformité aux normes), ou de *« régularité »,* à celle de légalité. *« La « légalité de l'exécution » n'est qu'un cas particulier de ce principe général, qui domine toute l'activité étatique. »* (KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.633). V. évidemment sur cette question, KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.*

[225] KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.,* p.200

[226] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.621

l'Etat moderne », mais – dit Kelsen – la *« réalité peut différer de cet idéal typique »*[227]. Par exemple, il n'est pas nécessaire – écrit-il – qu'un règlement s'insère toujours entre la loi et l'acte individuel, ni même qu'une loi s'insère toujours entre la Constitution et un règlement[228].

832. Cette façon de concevoir la production du droit dans l'ordre étatique permet donc de penser positivement, non seulement le pouvoir réglementaire autonome et les règlements de nécessité, mais la discrétionnalité du pouvoir réglementaire complémentaire. En ce sens, elle présente un intérêt théorique incontestable pour les juristes confrontés, entre 1914 et 1958, aux mutations qui affectent l'exercice des fonctions de législation dans l'Etat.

2) L'intérêt de la *Stufentheorie* : repenser le rapport de complémentarité

833. Sous l'influence de la *Stufentheorie* s'opère une redéfinition du rapport de complémentarité : moins qu'une détermination du *contenu* de la norme inférieure par la norme supérieure, il s'apparente à une détermination des *contours* de celle-ci par celle-là. Les représentations du règlement complémentaire s'en trouvent modifiées et modernisées : il demeure un acte *d'application* de la loi (b), dont il est désormais possible de penser – positivement – la dimension *créative* (a).

a) Le règlement complémentaire, acte de création du droit

834. La *Stufentheorie* permet de repenser le pouvoir réglementaire complémentaire, en présentant sa dimension *créatrice,* non comme une anomalie nécessaire, mais comme une étape ordinaire dans l'élaboration du droit ; elle permet donc d'envisager la discrétionnalité du règlement complémentaire (i) et d'en penser le caractère innovant (ii)[229]. Nonobstant les critiques qu'elle adresse à Kelsen, la doctrine française – parfois la plus réfractaire – reconnaît

[227] KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.,* p.199

[228] *ibid.* Il appartient aux constitutions positives des États, en tant que premiers actes de création du droit étatique et parce que le droit régule sa propre création, de déterminer la façon dont les normes infra-constitutionnelles seront produites par les organes, c'est-à-dire de poser un système d'*habilitation*s. Ainsi, Kelsen n'exclut pas que ce système puisse prévoir l'existence de règlements de nécessité (*Not-* ou *Ausnahmverordnungen*) qui, ayant la valeur de la loi, édictés en application directe de la Constitution, produiraient du droit d'un degré supérieur à celui créé par les règlements complémentaires (*Durchfürhrungsverordnungen*), édictés à la suite d'une loi. (v. KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.623-624)

[229] v., sur ces points, les quelques développements d'Eric Maulin (« Préface », *in :* CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.III-XI)

ici les vertus de la *Stufentheorie* pour rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire.

i) La discrétionnalité du règlement complémentaire normalisée

835. Dans un ordre juridique essentiellement dynamique, c'est à la législation ordinaire qu'il appartient de déterminer le *contenu* positif du droit[230]. Cependant, cette détermination matérielle demeure nécessairement partielle. Kelsen le reconnaît en ces termes :

> « la norme supérieure peut déterminer le contenu de la norme inférieure, mais elle ne saurait le faire de façon complète, car elle ne peut régler tous les détails de l'acte par lequel elle doit être appliquée ; elle laisse toujours une marge plus ou moins grande à l'appréciation et se présente ainsi comme une sorte de cadre à remplir. »[231]

Là réside le pouvoir discrétionnaire de l'organe chargé d'appliquer la norme ; il lui revient de déterminer – et c'est le propre de l'interprétation – le sens de la norme à appliquer, dont le résultat, écrit Kelsen, *« ne peut être que la détermination du cadre constitué par la norme et par conséquent la constatation des diverses manières possibles de le remplir. »*[232] Ainsi, c'est parce qu'il choisit parmi les possibilités laissées ouvertes par la norme supérieure, que l'auteur de la norme inférieure *« jouit d'une certaine liberté dans son activité »,* laquelle s'analyse comme un *« acte de volonté »*[233].

836. Cette lecture de la *Stufentheorie* renouvelle profondément la façon de penser le pouvoir discrétionnaire. Pour Charles Eisenmann, elle remet en cause l'idée selon laquelle il serait *« quelque chose d'un peu singulier, de mystérieux, troublant et inquiétant »*[234], qu'il constituerait une *« sorte d'anomalie »*[235], qu'il conviendrait de justifier, plutôt qu'expliquer. Ainsi raisonne encore, au milieu de la IVe République, André de Laubadère qui voit en le pouvoir discrétionnaire un *« contrepoids du principe de légalité »* [236], dont l'observation excessive constituerait une *« gêne »* [237] pour l'Administration. Au contraire, la théorie

---

[230] KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, *op. cit.,* p.124

[231] *ibid.,* p.126

[232] *ibid.,* p.138 Kelsen ajoute : *« l'interprétation d'une norme ne conduit donc pas nécessairement à une solution unique, qui serait la seule juste. Elle peut fournir plusieurs solutions, qui au point de vue juridique sont toutes d'égale valeur si elles sont en accord avec la norme à interpréter. (...) Dire [qu'une] décision est fondée en droit signifie simplement qu'elle se tient à l'intérieur du cadre constitué par la norme, qu'elle est l'une mais non la seule manière de le remplir »* (*ibid.*) (on souligne) (*cf., supra,* n°776 s.)

[233] *ibid.,* p.140

[234] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.656

[235] *ibid.*

[236] LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 1ère éd., p.220

[237] *ibid.*

kelsénienne permet de présenter le pouvoir discrétionnaire – dit Eisenmann – comme un *« phénomène absolument général »*[238] de l'action juridique, présent à chaque degré du processus de formation du droit, depuis la législation constitutionnelle jusqu'à la norme individuelle. En le systématisant, la *Stufentheorie* propose du pouvoir discrétionnaire une explication exclusivement juridique (détachée de toute considération institutionnaliste)[239] et en rend possible la *gradation* ; loin de se cantonner à la sphère des actes administratifs, la discrétionnalité correspond à l'appréciation de la part d'indétermination laissée par la norme supérieure à chaque degré de concrétisation de l'ordre juridique. Le degré de discrétionnalité dans la formation du droit s'amoindrit ainsi à mesure que l'on s'éloigne de la norme fondamentale ; Kelsen exprime cette idée de la façon suivante : *« A chaque degré que l'on descend, le rapport de liberté à limitation se modifie en faveur du second terme : la part de l'application augmente ; celle de libre création diminue. »*[240]

837. Cette façon de penser le pouvoir discrétionnaire a progressivement séduit la doctrine française, à tout le moins la doctrine positiviste[241] ; dès 1928, Roger Bonnard reconnaît que Merkl *« s'est efforcé de réhabiliter le pouvoir discrétionnaire et de lui rendre sa véritable physionomie »*[242], en le présentant comme un *« élément logiquement nécessaire dans [l]e processus de formation du droit. »*[243] En 1934, Marcel Waline y voit une théorie *« rigoureusement exacte »*[244]. En dépit de son rejet global de la *Stufentheorie* (*cf. supra,* n°823), Raymond Carré de Malberg lui-même admet que :

> « la création de droit nouveau par voie d'acte administratif ou juridictionnel suppose que la règle supérieure en vertu de laquelle l'acte est fait, règle législative ou autre, n'a pas précisé elle-même d'une façon complète le contenu éventuel de cet acte (…) »[245] (on souligne)

838. On retrouve ici, sous la plume de Carré de Malberg, l'analyse kelsénienne du pouvoir discrétionnaire, présenté comme la part laissée par la norme supérieure à l'autorité inférieure

---

[238] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.673

[239] La méthode est, pour cette raison, toujours employée pour présenter le pouvoir discrétionnaire. v., par exemple, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.370

[240] KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.,* p.200

[241] D'autres auteurs, comme André Hauriou ou Jean-Claude Venezia, continuent toujours d'expliquer le pouvoir discrétionnaire par la théorie de l'institution. v. HAURIOU, A., « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *art. cit.,* p.238 ; VENEZIA, J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire, op. cit.,* p.108 et s.

[242] BONNARD, R., « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *art. cit.,* p.685

[243] *ibid.* Roger Bonnard ajoute : *« Comme cette formation s'opère de la même façon à chaque degré, comme les fonctions de l'Etat représentent chacune une étape de la formation du droit, le pouvoir discrétionnaire existe donc forcément dans chacune des fonctions et il présente dans chacune la même nature. »* (*ibid.,* p.686)

[244] WALINE, M., « Observation sur la gradation des normes juridiques… », *art. cit.,* p.555

[245] *ibid.,* p.109

de déterminer le contenu de la norme inférieure. Le maître de Strasbourg reconnaît d'ailleurs, à plusieurs reprises, la justesse de la *Stufentheorie* sur ce point particulier. Sous la IVe République, Charles Eisenmann est évidemment le héraut de la pensée kelsénienne, dont il généralise les solutions à l'ensemble de l'étude du droit administratif. Son analyse du pouvoir discrétionnaire s'inscrit sciemment dans le sillage de la *Stufentheorie*[246]. Appliquée au règlement complémentaire, cette théorie du pouvoir discrétionnaire permet d'en repenser le caractère innovant.

ii) L'innovation du règlement complémentaire expliquée

839. A la faveur de l'idée d'étagement et de degrés successifs dans la formation du droit, la *Stufentheorie* irrigue progressivement la réflexion sur le pouvoir réglementaire complémentaire ; elle permet, en particulier, de mettre en évidence sa dimension *innovatrice,* sans y voir une atteinte à la supériorité de la loi, sinon à la séparation des pouvoirs. Elle réintroduit l'idée de *création* dans l'analyse du pouvoir réglementaire complémentaire, sans la présenter comme une curiosité ou le fruit d'une « délégation » législative. Les adjonctions apportées à la loi apparaissent alors comme une manifestation parfaitement ordinaire de la formation du droit.

840. Là encore, la doctrine positiviste française se rallie progressivement à cette façon de penser. Dès les années 1920, Roger Bonnard n'hésite pas à parler de *« hiérarchie des législateurs »*[247], parlementaire et gouvernemental. Le pouvoir réglementaire complémentaire apparaît ainsi comme une législation de « troisième degré » – une fonction tertiaire de législation – dans un processus gradué de formation du droit, au sein d'une même chaîne de validité. C'est évidemment Charles Eisenmann qui exprime le plus clairement cette idée, en étudiant le pouvoir réglementaire à l'aune de la *Stufentheorie*. Sa réception des théories kelséniennes le conduit à relativiser la différence de *nature* entre la loi et le règlement ; le pouvoir réglementaire ne diffère du pouvoir législatif que par la prédétermination, généralement plus poussée, du champ des normes qu'il est susceptible de produire[248]. Ainsi,

---

[246] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.289 et s., spéc. p.314 ; p.655 et s., spéc. p.673. Eisenmann écrit, dans des termes proches de ceux utilisés par Kelsen, *« [c]haque fois que la réglementation laisse à l'agent le soin et le pouvoir de déterminer lui-même dans une certaine mesure le fond des normes qu'il pose, elle lui ouvre du pouvoir discrétionnaire, elle admet la discrétionnalité dans son pouvoir ; en effet, une telle réglementation signifie que l'agent a le choix d'édicter l'une ou l'autre de plusieurs normes. »* (*ibid.,* p.668)

[247] BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., *op. cit.,* p.290

[248] *«il n'y a entre législateur ordinaire et organes exécutifs, notamment organes administratifs, qu'une différence de* degré *– différence sans doute très importante, presque toujours la limitation en ce qui concerne les*

la différence entre les deux catégories de normes résulte, avant tout, du degré de discrétionnalité laissé à chacune d'elles dans la création du droit par les normes supérieures. Dans le cadre laissé ouvert par la loi, le titulaire du pouvoir réglementaire est libre de choisir la norme qu'il entend produire[249]. Ce faisant, il ajoute à la loi, en créant des règles nouvelles, générales et abstraites. Eisenmann considère ainsi que :

> « l'édiction des règles de droit d'une part – *a fortiori* – l'édiction des plus élevées de ces règles, et d'autre part, leur exécution – directe ou indirecte – ne sont que deux moments successifs de la réalisation d'une seule et même grande fonction principale de l'Etat *in globo*, une fonction que l'on définira, par exemple, l'établissement de l'ordre juridique de la société »[250].

Ainsi, la différence entre *législation* et *exécution* est relativisée, au profit d'une lecture consistant à y voir « deux moments » (Kelsen parle de « pauses ») dans une fonction étatique générale, et étagée, de production du droit. Ces considérations conduisent Eisenmann à atténuer, dès 1965, la portée de la « révolution de 1958 » ; *« si profond soit-il, et important, le bouleversement – partiel – de 1958 n'a pas changé les fonctions de l'Etat, pensé unitairement »* [251], mais seulement la participation des différents organes à leur exercice. Pour Eisenmann, le pouvoir réglementaire complémentaire apparaît donc aussi comme le « troisième degré » de l'ordre juridique, après la Constitution et la loi[252].

841. La position la plus intéressante est sans doute celle de Carré de Malberg qui, en 1933, entreprend une importante *Confrontation* des théories de Merkl et Kelsen avec sa propre théorie des fonctions de l'Etat. Au terme de l'ouvrage, la réfutation de la *Stufentheorie* est sévère [253]. Pourtant Carré de Malberg est contraint de reconnaître la justesse de la *Stufentheorie* dans l'analyse qu'elle propose du pouvoir réglementaire complémentaire. Le maître de Strasbourg reconnaît à Kelsen le mérite d'avoir dissipé définitivement la

---

organes exécutifs, est beaucoup plus poussée (...) » (on souligne) (EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.1, *op. cit.,* p.500)

[249] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.468, p.572 et p.668

[250] EISENMANN, C., « La théorie des fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg », *in : Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, 1861-1935,* Paris : Dalloz, 1966, 182 pages, spéc. p.49-71, rééd. *in :* EISENMANN, C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques,* Paris : Ed. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2002, 668 pages, spéc. p.221-236, spéc. p.231-232

[251] *ibid.,* p.232

[252] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.1, *op. cit.,* p.282

[253] Aux yeux du maître strasbourgeois, la distinction entre la loi et le règlement ne peut souffrir d'aucune relativisation ; il existe – écrit-il dans la *Loi expression de la volonté générale* – un *« abîme »* (p.21) entre la loi et le règlement, lequel résulte de la différence de puissance des organes dont ils émanent, elle-même résultat de leur participation différenciée à l'exercice de la souveraineté nationale. Pour Carré de Malberg, donc, la hiérarchie des fonctions de l'Etat résulte de la *nature* des organes qui les exercent, de sorte que ni la distinction entre la Constitution et la loi (qui émanent d'un même organe souverain), ni la distinction entre la loi et le règlement (qui émanent d'organes distincts) ne peuvent se réduire à de simples différences de *degrés,* comme l'enseigne la *Stufentheorie.* Bref, en relativisant les différences organiques, la théorie de la formation du droit par degrés serait insusceptible de rendre compte du droit positif français.

« méprise »[254] commise par la Révolution française – à la suite de Jean-Jacques Rousseau – d'avoir assimilé la loi au droit. Surtout, il reconnaît que lorsque par son indétermination (volontaire ou involontaire), la loi laisse au Président de la République des facultés d'appréciation, elle *l'habilite* à faire à son tour œuvre de création de droit[255]. Il en est ainsi du rapport entre la loi et ses règlements complémentaires.

842. Ce faisant, Carré de Malberg se réapproprie la pensée kelsénienne ; il admet, comme lui, qu'en tant que « cadre ouvert à plusieurs possibilités », la loi laisse à l'autorité chargée de l'appliquer le soin de déterminer les contours de ce cadre et la manière de le remplir. Là réside le caractère créateur, ou innovant de l'acte règlementaire :

> « Dans ces conditions, il devient exact de dire que ce droit se forme par degrés. La gradation ressort de la constatation que ce droit est la résultante de deux règles successives, l'une qui a habilité l'autorité exécutive à le créer [nda : la loi], l'autre qui a opéré sa création définitive [nda : le règlement]. »[256] (on souligne)

De la part de Carré de Malberg, cette concession à Kelsen est particulièrement révélatrice des mutations qui affectent les représentations du pouvoir réglementaire au milieu du XXe siècle. Le règlement – quel qu'il soit – s'analyse à la fois comme un acte *d'application* et de *création* du droit. Plus encore, Carré de Malberg réintègre le pouvoir discrétionnaire dans l'explication du processus de formation du droit ; insuffisante à elle-seule à créer du droit complet, la loi laisse à l'Exécutif *« le pouvoir de parfaire, par des règles susceptibles de varier selon les circonstances, l'œuvre qu'elle n'achevait pas elle-même »*[257]. Loin d'apparaître comme une anomalie, le pouvoir discrétionnaire accompagne donc nécessairement la création réglementaire du droit.

843. Cet aveu doit faire relativiser la critique malbergienne de la *Stufentheorie* ; il prouve combien la pensée de Merkl et Kelsen a profondément contribué – même chez les auteurs les plus réfractaires – au renouvellement de la réflexion française sur la subordination du règlement à la loi. La production graduelle et dynamique du droit, telle que la propose la *Stufentheorie*, revient à estomper la distinction entre le « rapport d'habilitation » et « rapport de complémentarité ». Toute norme incomplètement concrétisée habilite ainsi implicitement l'autorité inférieure à compléter son œuvre.

---

[254] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.95

[255] On pourrait donc – en ce sens – ramener le « rapport de complémentarité » à un « rapport d'habilitation négative ». En tant qu'une loi ne détermine pas intégralement le contenu des normes qu'elle pose, elle *autorise implicitement* l'Exécutif à le déterminer à sa place. La dynamique du droit revient ainsi à relativiser la distinction entre « rapport de complémentarité » et « rapport d'habilitation ».

[256] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.112

[257] *ibid.*

b) Le règlement complémentaire, acte d'application du droit

844. Si la *Stufentheorie* convainc finalement la doctrine française, c'est qu'elle présente l'immense avantage de mettre en évidence le caractère créateur de l'acte règlementaire sans pour autant remettre en cause sa dimension *exécutive* ou *applicatrice.* Car, rappelle Kelsen, si le règlement se présente comme acte de création (*legis latio*) vis-à-vis des normes qui lui sont inférieures, il se présente toujours comme acte d'application (*legis executio*) vis-à-vis de la loi et de la Constitution. En distinguant l'exécution *du fond* de la loi de l'exécution de *l'habilitation* (légale ou constitutionnelle) à exercer le pouvoir réglementaire, la *Stufentheorie* permet de penser la dynamique du droit (a), sans renoncer – à condition de le reformuler – au principe de la *non-contrariété* du règlement à la loi (b).

i) L'exécution dynamique des lois généralisée

845. En pensant la dynamique du droit (*cf. supra,* n°828 et s.), la *Stufentheorie* permet de rattacher la discrétionnalité de l'action administrative au principe de légalité, c'est-à-dire au principe de « régularité » (ou de « normalité ») qui domine toute l'activité étatique[258]. Cette conception suppose de se départir du point de vue statique, c'est-à-dire matériel.

846. On en doit à Charles Eisenmann la formulation la plus claire ; à ses yeux, il convient de distinguer le processus de création des normes (qu'il appelle *« l'opération normatrice »*[259]) du résultat de cette opération (*« le fond des normes »*[260] à proprement parler). La première notion est une notion *dynamique* ; elle renvoie à la question de la *création* de l'ordre juridique, aux conditions d'élaboration et de validité des actes juridiques qui contiennent les normes. La seconde notion est une notion *statique* ; elle renvoie à l'objet, au contenu et aux effets d'une norme une fois créée par ladite opération[261]. Autrement dit, la première notion renvoie à l'étude des *habilitations,* la seconde à celle des *normes produites* en vertu de ces

---

[258] KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », *art. cit.,* p.633 ; KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *art. cit.,* p.208 ; KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française, 1953, *op. cit.,* p.129 et s.

[259] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif, op. cit.,* t.2, p.508 et p.696

[260] *ibid.*

[261] *« Il est légitime,* écrit Eisenmann, *de distinguer les normes et l'opération normatrice, créatrice de normes, de les séparer en pensée, par une abstraction intellectuelle provisoire, pour les considérer séparément : du moins est-il légitime de penser les normes à l'exclusion de l'opération, – car l'opération, elle, implique les normes ; mais on peut la penser comme forme, détachée de son contenu. Et cela correspond à une dualité de points de vue : le point de vue de l'ordre juridique créé, établi, en vigueur ; le point de vue de la création de l'ordre juridique et de ses éléments, qui sont les normes juridiques. Le premier point de vue s'attachant à un objet, un objet donné, le second à une action ou opération. Et c'est en ce sens que l'on a pu dire que le premier correspond à la « statique de l'ordre juridique », le second à la « dynamique de l'ordre juridique ».* (*ibid.,* p.508)

habilitations. Là réside tout l'intérêt de la distinction ; car un acte juridique (un acte règlementaire par exemple), demeure toujours exécutif dans son *fondement* (c'est-à-dire au regard de la norme d'habilitation qui en autorise la création), sans nécessairement rester exécutif dans son *contenu* (c'est-à-dire au regard du fond des normes supérieures). Il n'y a donc pas de correspondance nécessaire entre la légalité du fond d'un acte, et la légalité de son opération normatrice. Ce décalage rend possible de penser le caractère *statiquement* créateur, mais *dynamiquement* exécutif de l'activité règlementaire, donc d'expliquer pourquoi des solutions *matériellement* différentes peuvent demeurer d'égale valeur *juridique,* dans le cadre laissé ouvert par la loi. Cette idée permet de penser, non seulement la validité des règlements non-complémentaires, dûment autorisés par la loi (comme les « décrets-lois »[262]) (*cf. supra,* n°623 s.), mais l'ensemble du pouvoir discrétionnaire de l'administration.

847. Se trouve ainsi confirmée, et généralisée, la distinction opérée – dès 1920 – par Carré de Malberg entre les « deux sortes d'exécution », c'est-à-dire entre l'exécution d'une *« règle de fond »*[263] et l'exécution d'un *« pouvoir de faire »*[264] (*cf. supra,* n°473 s.). La *Stufentheorie* – perfectionnée par Eisenmann – révèle cependant que cette dynamique de l'exécution des lois irrigue l'ensemble du processus graduel de création du droit. A la différence de ce que concevait Carré de Malberg, elle n'est donc pas le résultat exclusif d'une « habilitation expresse » des Chambres, mais un phénomène absolument général de concrétisation de l'ordre juridique. En un mot, la *Stufentheorie* relativise l'opposition entre « principe d'habilitation » et « principe de complémentarité », car toute création du droit procède de l'incomplète détermination, par la norme supérieure, du champ de réglementation de la norme inférieure. En 1933, Carré de Malberg semble se rallier à cette façon de penser[265].

ii) Le rapport de légalité reconsidéré : de la conformité à la compatibilité

848. Rendre compte de la dimension créatrice du règlement, c'est-à-dire de sa capacité à ajouter du *contenu* nouveau aux règles législatives, sans pour autant remettre en cause sa dimension exécutive, suppose encore de s'interroger sur la nature du rapport de *prévalence*

---

[262] En la matière, *« la légalité de l'opération normatrice,* écrit Eisenmann, *couvre et efface la contrariété des règles posées à des règles législatives. »* (EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.,* p.40)

[263] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.110

[264] *ibid.,* p.111

[265] CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.109 et s. Alors que dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* il considérait que les « deux sortes de règlements » recoupaient les « deux sortes d'exécution » (statique et dynamique) (p.637), il reconnaît dans la *Confrontation* que l'intégralité du pouvoir réglementaire (complémentaire ou non) se rattache à une conception dynamique de la légalité (p.112-113).

entre la loi et le règlement[266]. La doctrine classique s'entendait *a minima* sur l'idée de non-contrariété en exigeant que le règlement n'intervienne jamais *contra legem* (*cf. supra,* n°782 s.). Ce faisant, elle anticipait une idée qui sera clairement et nettement exprimée par Eisenmann dans ceux de ses *Cours de droit administratif* consacrés à l'étude du « principe de légalité ». Ces travaux sont à l'origine d'une profonde clarification doctrinale, révélatrice des mutations des représentations qui entourent cette question dans les années 1950.

849. Pour Charles Eisenmann, le principe de légalité n'est que l'expression d'un *rapport* dont il faut déterminer la nature. Dans son acception la plus rigoureuse, le principe de légalité serait un rapport de *conformité,* tant au regard du fond des normes que des opérations normatrices (Eisenmann parle de « double conformité »), de sorte que l'Administration ne pourrait jamais agir que sur autorisation de la loi et conformément à un schéma légal préexistant (une règlementation-modèle) dont elle réaliserait l'individualisation au cas par cas ; dans une acceptation médiane, le principe de légalité ne resterait un rapport de *conformité* qu'au regard de la seule opération normatrice, de sorte que l'Administration, bien qu'agissant toujours sur autorisation de la loi, pourrait néanmoins édicter des normes dont le contenu ne serait pas nécessairement déterminé par la loi ; dans son acception la plus lâche, le principe de légalité deviendrait un rapport de *non-contrariété* (ou de *comptabilité*) tant au regard du fond des normes que des opérations normatrices, de sorte que l'Administration, pourvue de n'enfreindre aucune règle de compétence, pourrait toujours agir (fût-ce sans autorisation expresse) pour édicter des normes au contenu non précédemment déterminé par la loi[267]. Il en résulte qu'en situation de *conformité, « l'Administration ne peut faire que ce que la législation l'autorise à faire : toute action non permise est interdite »*[268]*,* tandis qu'en situation de *non-contrariété, « elle peut faire tout ce que la législation ne lui interdit pas de faire : toute action non interdite est permise. »*[269]

850. Ces distinctions ont d'importantes répercussions s'agissant de l'étude du pouvoir réglementaire. Pour Eisenmann, on ne peut rendre compte du droit positif, et particulièrement des manifestations modernes du pouvoir réglementaire, qu'à condition de retenir la conception la plus *lâche* (la troisième) du principe de légalité. Quant au fond du droit, d'abord, il est évident qu'il ne saurait être question de *conformité* dès lors que le rapport entre

---

[266] v., sur ce point, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.449-454

[267] v. EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.1, *op. cit.,* p.462-464 ; EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.446-450 ; EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.,* p.30-32

[268] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.449

[269] *ibid.*

loi et règlement est un rapport entre deux normes *générales et abstraites.* Car, le principe de conformité suppose une individualisation, c'est-à-dire la *réalisation concrète* d'un type-idéal déjà contenu dans la règle générale et abstraite. Or, écrit Eisenmann, les normes réglementaires *ne réalisent pas* les normes législatives, elles permettent d'en assurer la *réalisation* (autrement dit, elles en facilitent la réalisation) :

> « elles ne traduisent pas en proposition individuelle ou d'espèce une proposition générale ou abstraite, elles sont elles-mêmes des propositions générales et abstraites. Elles ne sont pas déduites, elles ne sont pas tirées syllogistiquement des règles législatives complétées. La preuve décisive en est qu'elles auraient pu avoir un contenu très différent de celui qu'elles ont, que le Gouvernement pouvait choisir entre bien des règles diverses pour assurer l'exécution des dispositions de la loi. »[270]

Eisenmann critique donc l'idée de Kelsen selon laquelle le règlement s'analyserait en une *concrétisation* ou une *individualisation* de la loi[271] ; ce type de rapport permet seulement de rendre compte de la relation entre la norme individuelle, ou d'espèce, et la norme générale. On ne peut donc ici parler de *conformité* :

> « [l]es dispositions législatives ne constituent absolument pas un archétype sur lequel les dispositions du règlement, dispositions complémentaires, seraient modelées, auquel elles seraient semblables. Beaucoup plus modestement, elles apparaissent comme un cadre où le pouvoir réglementaire doit se tenir ; elles orientent. Un rapport d'harmonie doit exister par conséquent ; mais de rapport de conformité, infiniment plus strict, point question. »[272]

Kelsen exprimait, du reste, déjà cette idée du « cadre à remplir », dans la *Théorie pure du droit* (*cf. supra,* n°835, note 231). Le rapport de *comptabilité* (ou *non-contrariété*) permet donc, quant au fond des normes produites, de rendre compte du côté créateur du règlement complémentaire sans renoncer à l'idée de sa soumission, ainsi entendue, à la loi.

851. Quant à l'opération normatrice, ensuite, la question est plus controversée. Eisenmann s'interroge sur l'existence en droit positif d'une exigence de *« titre légal »*[273] (de *« base légale »* ou encore *« d'habilitation légale »*) du règlement. La conformité de l'opération normatrice à la règle constitutionnelle autorisant le Gouvernement à assurer l'exécution des lois (article 3 de la loi du 25 février 1875, ou article 47 de la Constitution de 1946) s'analyserait ici en une exigence de *complémentarité* du règlement ; elle interdirait *« l'édiction de normes réglementaires qui, ne se rattachant à aucune règle législative pour la*

---

[270] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.1, *op. cit.,* p.466-467

[271] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.444. *« le rapport en question est fondamentalement différent de celui qui existe entre la norme générale et la norme qui en fait application à un cas concret ; et en tout cas, d'un rapport de conformité entre normes législatives et normes réglementaires complémentaires, il ne peut pas être question, il n'y a rien de tel. »* (*ibid.,* p.445)

[272] EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.,* p.34

[273] *ibid.,* p.36

compléter, présenteraient le caractère de règles « initiales ». »[274] La simple non-contrariété de l'opération normatrice à cette règle constitutionnelle autoriserait sans doute le Gouvernement à édicter des règlements autonomes. Si Eisenmann reconnaît que la jurisprudence autorise la production de tels règlements (hypothèse de l'arrêt *Labonne*), il doute sur la question de savoir si cette solution *« représente ou non la validation d'actes anticonstitutionnels »*[275]. La réponse à cette question dépend de l'interprétation donnée à la règle constitutionnelle posée à l'article 47 de la Constitution de 1946, et plus précisément à son statut déontique : en autorisant le Gouvernement à assurer l'exécution des lois, cette disposition exclut-elle *implicitement* l'édiction de tous autres règlements ? Dans cette hypothèse, tant le rapport de conformité que le rapport de non-contrariété de l'opération normatrice excluraient la possibilité d'édicter des règlements autonomes. L'article 47, en demeurant silencieux sur de tels règlements, peut-il être interprété comme n'en interdisant pas l'édiction, sans pour autant les autoriser ? Dans cette hypothèse, le rapport de conformité de l'opération normatrice exclurait la possibilité d'édicter des règlements autonomes (car tout ce qui n'est pas autorisé, est interdit), mais le rapport de non-contrariété en rendrait possible l'édiction (car tout ce qui n'est pas interdit, est autorisé). Eisenmann ne tranche pas véritablement la question ; *« l'on peut estimer la cause incertaine »*[276] écrit-il, mais l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'Etat – et les *« dérogations »*[277] qu'elle porte au principe de complémentarité (c'est-à-dire de conformité de l'opération normatrice) – le conduisent à opter plutôt pour l'acception minimale du principe de légalité.

852. Quoi qu'il en soit ces réflexions témoignent des profondes interrogations qui entourent, entre 1914 et 1958, la conception de la hiérarchie des rapports entre la loi et le règlement. Les longues pages qu'y consacre la – presque intégralité – doctrine publiciste de l'entre-deux-guerres et des années 1950 sont révélatrices de l'obsolescence des théories héritées du XVIIIe siècle face au bouleversement des pratiques, et aux mutations des représentations, qui affectent le pouvoir réglementaire au XXe siècle.

853. En France, la réception de la *Stufentheorie* est donc à l'origine d'un important renouvellement de la façon de penser le pouvoir réglementaire, et ses relations avec la loi. En

---

[274] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.2, *op. cit.,* p.468
[275] EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *art. cit.,* p.39
[276] *ibid.*
[277] EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* t.1, *op. cit.,* p.474

présentant les fonctions de l'Etat comme des fonctions de création et, tout à la fois, d'application du droit, la *Stufentheorie* permet de repenser la discrétionnalité du règlement complémentaire et les innovations qu'il apporte à la loi, sans pour autant abandonner l'idée de sa soumission à la légalité. Sous cette influence, le « principe de complémentarité » est progressivement redéfini comme un rapport dans lequel la norme supérieure détermine, non le *contenu*, mais les seuls *contours* de la norme inférieure. Ce phénomène absolument général de création du droit est transposable à tous les échelons de la « hiérarchie des normes ». Il permet de penser, non seulement les rapports lois / règlements, mais les rapports entre actes réglementaires d'une même autorité. La *Stufentheorie* invite donc la doctrine française à abandonner le concept de « légalité » au profit de celui de « hiérarchie ».

§2. De la légalité à la hiérarchie

854. A la faveur de l'idée de *régularité* qui domine toute l'activité étatique, la *Stufentheorie* permet d'abandonner l'idée de *légalité,* sans renoncer à celle de *hiérarchie* ; elle rend possible l'étude des rapports entre actes juridiques, indépendamment des considérations organiques et sans référence nécessaire à la loi. On comprend pourquoi la doctrine des années 1950, assistant à la multiplication des autorités et des actes administratifs, s'est progressivement ralliée à cette façon de penser[278]. Ce passage de la légalité à la hiérarchie permet notamment d'envisager l'étude des rapports *entre actes réglementaires* de l'Exécutif, à condition d'en identifier un critère[279]. La question, loin d'être purement théorique, détermine les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire et notamment le régime de la modification des règlements : à l'irréversibilité du critère formel (A), la doctrine et le Conseil d'Etat ont progressivement cherché à substituer les vertus rationalisatrices du critère matériel (B).

[278] Un certain nombre de thèses entreprises dans les années 1950-1960 rend compte de ces problématiques nouvelles. v., en particulier, QUERMONNE, J.-L., *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français,* Thèse, Caen, 1952, 281 pages ; TIMSIT, G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français, op. cit.* ; LACHAUME, J.-F., *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français,* Paris : LGDJ, 1966, 343 pages

[279] Car, si le critère organique demeure utile pour hiérarchiser les actes émanant d'autorités différentes, il devient parfaitement inutile s'agissant des actes émanant des mêmes autorités. Or, jusqu'en 1958, il n'existe pour la Métropole qu'un seul titulaire du pouvoir réglementaire général (Président de la République sous le régime de 1875, Président du Conseil sous le régime de 1946) de sorte qu'il est impossible d'en distinguer les manifestations sur la base de considérations organiques.

A- L'AVENEMENT DU CRITERE FORMEL : LE RISQUE DE L'IRREVERSIBILITE

855. Au début de la IIIe République, les formes d'exercice du pouvoir réglementaire du Président de la République sont relativement peu nombreuses. La loi du 24 mai 1872 en distingue trois : 1° le règlement ordinaire, édicté par voie de décret simple contresigné par un ministre ; 2° le règlement d'administration publique (RAP), délibéré en Assemblée générale du Conseil d'Etat, et intervenant sur invitation de la loi en vue d'en compléter les dispositions ; et 3° le règlement en forme de RAP, délibéré en Assemblée générale du Conseil d'Etat, sans invitation nécessaire du législateur et indépendamment d'une disposition législative à compléter[280]. Cet équilibre est progressivement modifié au cours du XXe siècle : la perte de spécificité du RAP, consacrée en 1907, (1) s'accompagne d'une inflation progressive des formes d'exercice du pouvoir réglementaire (2).

1) La perte de spécificité du RAP

856. L'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'est*, constitue un tournant dans l'histoire du règlement d'administration publique[281]. Maurice Hauriou en a très tôt perçu les incidences ; dès 1908, il reconnaît qu'en soumettant les RAP au recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a abandonné la théorie de la « délégation législative » et les conséquences qui s'y attachaient. Désormais, écrit Hauriou, *« la difficulté va être de différencier les RAP des autres règlements administratifs »*[282] ; dès lors qu'ils n'ont plus la nature de la loi, et qu'ils acquièrent la nature des actes administratifs, que reste-t-il de leur spécificité ? Dans ses conclusions sur l'arrêt, le commissaire du gouvernement Jacques Tardieu semble avoir anticipé cette question : *« il ne nous reste plus qu'à répondre à une objection qui pourrait être faite. Cette théorie ne va-t-elle pas supprimer toute distinction*

[280] Il s'agit, par exemple, de l'article 16 de la loi de finances du 29 décembre 1882 qui dispose que *« l'organisation centrale de chaque ministère sera réglée par un décret rendu dans la forme des RAP »* ou de l'article 10 de la loi du 1er juillet 1901 qui dispose que *« des associations [cultuelles] peuvent être reconnues d'utilité publique par décrets en la forme de RAP »*. Sur ces règlements, il existe une controverse entre Félix Moreau et Maurice Hauriou. Le premier considère que, contrairement à ce que son nom laisserait penser, le *« règlement en forme de RAP est un acte individuel, personnel, particulier. »* (*Le règlement administratif, op. cit.,* p.145), le second considère à l'inverse que les exemples du caractère réglementaire de tels décrets *« abondent »*. (*Précis de droit administratif et de droit public, op. cit.*, p.559) Il faut bien admettre, avec Hauriou, que de tels décrets réglementaires existent jusqu'en 1980. v., loi du 27 avril 1946 (art. 33) ; n°53-80 du 7 février 1953 (art. 20)

[281] Sur cette histoire, v. SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *in :* AMSELEK, P., BUFFELAN, J.-P., CATHELINEAU, J., *Etudes de droit public,* Paris : Cujas, 1964, 504 pages, p.249-285 ; DUFFAU, J.-M., « Grandeur et décadence du règlement d'administration publique », *AJDA,* 1980, p.468-472

[282] HAURIOU, M., note sous l'arrêt, CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* reproduite *in :* HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929,* t.1, *op. cit.,* p.27

entre ce que l'on appelle les décrets règlementaires et les règlements d'administration publique ? »[283] Tardieu ne l'a pas cru, et pour sauver la théorie du RAP – ainsi, sans doute, que le rôle du Conseil d'Etat dans son élaboration – a tenté d'en démontrer les spécificités (a). Aucune de celles-ci, sauf la dimension formelle, ne résiste à l'analyse (b).

a) Les faux-semblants de la spécificité du RAP

857. En 1907, Jacques Tardieu tente de sauvegarder les spécificités du RAP face aux autres règlements présidentiels :

> « Il existera encore plusieurs différences entre ces divers actes : a) Caractère facultatif de l'un, caractère obligatoire de l'autre ; b) Capacité plus grande du chef de l'Etat dans le cas de délégation expresse ; c) Différence dans les formes, l'avis du Conseil d'Etat étant nécessaire pour les RAP, facultatif pour les autres ; d) Enfin, différence dans les sanctions. »[284]

On comprend facilement les raisons qui le poussent à militer en ce sens : maintenir l'idée d'une spécificité du RAP, c'est justifier le maintien d'une consultation spécifique du Conseil d'Etat. Autrement dit, la participation du Conseil à l'œuvre législative en dépendait[285]. Il eût, par ailleurs, été fâcheux que l'ouverture du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des RAP et l'accroissement de la compétence de la Section du contentieux se traduisît par une diminution des compétences des Sections administratives. La doctrine y trouve aussi quelque intérêt pour expliquer l'intervention croissante du titulaire du pouvoir réglementaire dans les matières pénales et fiscales, traditionnellement considérées comme réservées à la loi (*cf. infra,* n°922 s.). Au milieu du XXe siècle, les mêmes raisons conduisent d'autres auteurs à considérer qu'il existe une spécificité fonctionnelle au RAP ; Raymond Odent le présente encore comme un *« élargissement du pouvoir réglementaire normal »*[286] et justifie ainsi le rôle éminent du Conseil d'Etat dans son édiction, quant à Georges Vedel, il y voit, en 1961, un moyen de conférer au Gouvernement un *« pouvoir réglementaire plus étendu que celui dont il pourrait user spontanément pour faire exécuter la loi »*[287] à l'heure où le nouvel article 34 de la Constitution pouvait faire craindre une amoindrissement du pouvoir réglementaire dans les matières où « la loi fixe les règles » (*cf., infra,* n°1184 s.).

---

[283] TARDIEU, « Conclusions sur CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est* », *S.,* 1908.III.5, col. 2

[284] *ibid.*

[285] Dans un contexte où, en outre, la loi du 24 mai 1872 avait ôté toute compétence de consultation du Conseil d'Etat sur les projets de loi.

[286] ODENT, R., *Contentieux administratif,* 1957-1958, *op. cit.,* p.135

[287] VEDEL, G., *Droit administratif,* 2e éd., Paris : PUF, 1961, 712 pages, spéc. p.150

858. A l'exception du critère formel, aucun des critères identifiés par Jacques Tardieu ne résiste pourtant à l'analyse ; le RAP n'est en rien une manifestation extraordinaire du pouvoir réglementaire. Ainsi Félix Moreau a depuis longtemps démontré que le RAP n'est assorti d'aucune sanction spécifique qui lui soit propre ; c'est en tant qu'acte de puissance publique qu'il voit – comme n'importe quel règlement – son exécution garantie par l'existence de sanctions pénales, civiles, administratives, disciplinaires ou matérielles[288]. S'agissant du caractère prétendument obligatoire de l'édiction du RAP, il a été démontré que l'obligation (politique ou juridique) d'exercer le pouvoir réglementaire n'était pas fonction de la *forme* du texte à intervenir mais de son caractère *indispensable* ou non à l'application de la loi (*cf. supra,* n°795 s.). C'est à Carré de Malberg que l'on doit la réfutation de la prétendue spécificité fonctionnelle du RAP ; *« si le règlement ne peut rien faire sans une habilitation législative, il peut tout faire moyennant cette habilitation »*[289] et qu'importe, ici, la forme de l'acte règlementaire en question. Il en résulte, écrit le maître de Strasbourg, que *« le RAP ne comporte pas par lui-même des pouvoirs plus étendus que le règlement ordinaire »*[290] ; c'est d'une habilitation législative spéciale qu'il tiendrait éventuellement de tels pouvoirs, non de sa prétendue nature intrinsèque. Ainsi, *« ce n'est pas parce que le règlement ordonné par la loi est un RAP que le Président a, dans certains cas, de larges pouvoirs réglementaires (...), c'est parce qu'ils ont été conférés au Président par un texte législatif spécial et formel. »*[291] La prétendue spécificité fonctionnelle du RAP est donc une donnée purement *factuelle* qui résulte de la circonstance que, dans la plupart des cas, les Chambres imposent la forme du RAP à l'exercice du pouvoir réglementaire sur habilitation législative[292]. Mais, à condition d'y être habilité, un décret simple pourrait réguler un champ tout aussi large que celui laissé ouvert par la loi à certains RAP. En définitive, écrit Carré de Malberg, *« le RAP n'est pas d'une autre essence que le règlement ordinaire. »*[293] Il n'est qu'un *instrumentum* susceptible de porter toute espèce de manifestation du pouvoir réglementaire, sur habilitation spéciale ou non. En 1964, en s'appuyant sur l'étude jurisprudence, Lucien Sfez aboutit à la même conclusion[294].

---

[288] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.318 et s.
[289] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.585
[290] *ibid.,* p.644
[291] *ibid.,* p.645
[292] Cela tient sans doute à la garantie qu'apporte la consultation obligatoire de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, à laquelle Carré de Malberg reconnaît les vertus (*ibid.,* p.624).
[293] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.644. Carré de Malberg rattache d'ailleurs le RAP à l'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire (*ibid.,* p.650)
[294] SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *art. cit.,* p.258-266.

b) Une simple différence de formes

859. Il résulte de ces considérations qu'il n'existe aucune différence de puissance intrinsèque entre un RAP et un règlement ordinaire. Seule une différence formelle subsiste : l'exigence d'une délibération par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dans le cas du RAP. Il s'agit donc, selon les termes d'Henry Berthélemy, non d'une différence de *« force »,* mais d'une simple différence de *« forme »* [295].

860. Le Conseil d'Etat lui-même semble avoir perçu cet état des choses et – pour protéger ce qui paraît demeurer la dernière spécificité du RAP – sanctionne avec une extrême rigueur le non-respect de cette exigence formelle. En 1926, c'est sur le terrain de la *violation des formes substantielles* qu'il annule le défaut de sa propre consultation sur un RAP[296]. Mais, en 1957, dans un arrêt *Keinde Sérigné*, c'est sur le terrain de *l'incompétence* qu'il annule cette fois le défaut d'une telle consultation[297], s'érigeant ainsi en véritable co-auteur du RAP[298]. La différence est loin uniquement d'être théorique ; en érigeant le vice de forme en incompétence, le Conseil d'Etat le transforme en moyen d'ordre public qu'il peut soulever *ex officio*[299]. Cette jurisprudence témoigne du souci porté par le Conseil d'Etat à la préservation de la dernière spécificité du RAP (et du rôle joué par son Assemblée générale dans son élaboration), dans un contexte où se multiplient les formes réglementaires et les organismes de consultation (*cf. infra,* n°862 s.). En 1962, par exemple, le Conseil d'Etat refuse de considérer le défaut de consultation du Conseil des ministres comme une incompétence, n'y voyant qu'un vice de forme[300]. La jurisprudence *Keinde Sérigné* est confirmée tout au long du XXe siècle[301] et si, pour se conformer aux exigences du droit au procès équitable, le Conseil d'Etat a finalement abandonné l'idée d'incompétence pour qualifier le défaut de sa propre consultation, il ne la considère pas moins aujourd'hui encore comme une *« illégalité que le*

---

[295] *« Entre les décrets simples et les RAP il n'y a pas une différence de force, mais seulement une différence de forme ».* (BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *art. cit.,* p.9) v. aussi BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* 5e éd., p.102-105

[296] CE, 24 décembre 1926, *Sieurs Brassaud et autres,* Rec. p.1152

[297] CE, Sect., 25 janvier 1957, *Keinde Sérigné,* Rec. p.63

[298] FERRARI, P., « Essai sur la notion de coauteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *art. cit.,* ; DRAGO, G., « Fonction consultative du Conseil d'Etat et fonction de gouvernement : de la consultation à la codécision », *AJDA,* 2003, p.948-953

[299] CHAPUS, R., *Droit administratif général, op. cit.,* 15e éd., p.1026-1028

[300] CE, Sect., 23 mars 1962, *Mast et Revers,* Rec. p.202 et p.203 ; *AJDA* 1962.289, chr. Galabert et Gentot ; *D.* 1962.400, note Hamon

[301] CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI du 61-67 boulevard Arago,* Rec. p.237 ; *JCP* 1979.II.19032, ccl. Genevois. Sur l'évolution jurisprudentielle, v. HOEPFFNER, H., « Les avis du Conseil d'Etat. Essai de synthèse », *RFDA,* 2009, p.895-909

juge administratif doit, le cas échéant, soulever d'office »[302]. Il faut, quoi qu'il en soit, retenir de cette jurisprudence, dégagée en 1957, qu'elle émerge dans un contexte fortement *concurrentiel* pour le RAP ; sa seule spécificité formelle tendant elle-même à s'estomper, au profit d'autres formes réglementaires, plus efficaces ou mieux adaptées.

2) L'inflation des formes réglementaires

861. Le XXe siècle connaît une *« inflation »*[303] considérable des manifestations du pouvoir réglementaire général ou local. Si l'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au Conseil d'Etat n'a pas consacré d'autres formes réglementaires que celles déjà mentionnées dans la loi du 24 mai 1872 (règlement ordinaire, RAP et décret en forme de RAP), les lois ont multiplié les manifestations d'exercice du pouvoir réglementaire (a). Cette multiplication des formes entraîne une exacerbation du critère formel, dont il faut mettre en évidence les dangers (b).

a) La multiplication des formes réglementaires

862. Aux trois formes réglementaires traditionnellement consacrées, il faut ajouter, au milieu du XXe siècle, de nombreuses autres hypothèses. Avant même 1958, et leur constitutionnalisation, apparaissent de nouvelles catégories de décrets réglementaires :

- Tel est d'abord le cas du décret règlementaire délibéré en *Conseil des ministres*, dont la loi du 14 décembre 1879 relative au vote des crédits supplémentaires et extraordinaires prescrit l'exercice en matière budgétaire. Les nombreuses lois de pleins-pouvoirs des IIIe et IVe Républiques imposent, à leur tour, la consultation du Conseil des ministres sur les projets de décrets-lois (*cf. supra,* n°721 s.), sans que cette exigence formelle emporte une quelconque conséquence sur la compétence de l'autorité d'édiction[304].

- Émergent ensuite les décrets en *Conseil d'Etat,* qui se distinguent des RAP par le caractère *facultatif* de la consultation de l'Assemblée générale[305] ; seule la consultation en

[302] CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail,* n°358109 ; *AJDA,* 2013.1546, chr. Domino et Bretonneau

[303] QUERMONNE, J.-L., *op. cit.,* p.233

[304] Contrairement, en effet, à l'hypothèse de l'article 13 de la Constitution de la Ve République, et sauf en matière coloniale, les Constitutions de 1875 et 1946 ne posent aucun partage du pouvoir réglementaire général. Tous les décrets réglementaires, fussent-ils édictés en Conseil des ministres, émanent de la même autorité : le Président de la République, sous la IIIe République ; le Président du Conseil, sous la IVe République.

[305] Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle dans laquelle la consultation du Conseil d'Etat sur un projet de décret simple est laissée à la discrétion du Gouvernement. Dans cette hypothèse, le décret simple est rendu « après avis du Conseil d'Etat ». Dans le cas d'une consultation obligatoire, qu'il s'agisse d'un décret en Conseil d'Etat ou d'un RAP, le décret est rendu « le Conseil d'Etat entendu ». v. BRAIBANT, G., « Le rôle du

sections demeure obligatoire, la saisine de l'Assemblée générale étant laissée à la discrétion du ministre, du vice-président du Conseil d'Etat ou du président d'une section[306]. A la faveur de la procédure simplifiée (degré unique de consultation) de leur élaboration, les décrets en Conseil d'Etat connaissent une expansion considérable au XXe siècle. On rappelle, en effet, que sous la IIIe République, la lourdeur de la consultation de l'Assemblée générale avait conduit à l'éviction du Conseil d'Etat sur tous les projets de décrets-lois après 1924. Après la guerre, c'est au prix d'une interprétation libérale de l'ordonnance du 31 juillet 1945 que le Conseil d'Etat se rallie à l'hypothèse du caractère simplement facultatif de la consultation de l'Assemblée générale sur les projets décrets pour lesquels la loi exige une consultation du Conseil d'Etat (*cf. supra,* n°728 s.). Cette position pragmatique, guidée par l'idée de rapidité, a permis au Conseil de protéger son rôle consultatif. De fait, après 1945, les lois multiplient les renvois au décret en Conseil d'Etat[307] ; à partir du 17 août 1948, il devient la forme ordinaire d'exercice de la législation par décrets-lois[308] ; et nombreuses sont les lois qui renvoient désormais la fixation de leurs modalités d'application, non plus à des RAP, mais à des décrets en Conseil d'Etat[309]. C'est sur ce terrain que le RAP subit sa plus importante concurrence ; sa dernière spécificité formelle, la consultation du Conseil d'Etat, tend à son tour à s'estomper. En permettant de ne plus porter les projets de RAP à l'ordre du jour de l'Assemblée générale, la réforme du 30 juillet 1963 accroît encore cette perte de spécificité[310], de sorte qu'il deviendra extrêmement difficile de distinguer un RAP d'un décret en Conseil d'Etat.

Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit », *in : Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : Monchrestien, 1992, 707 pages, spéc. p.91-102

[306] Décret n°45-1709 du 31 juillet 1945 portant règlement intérieur du Conseil d'Etat, article 20, 9° (J.O.R.F. du 1er août, p.4776)

[307] Le Conseil d'Etat est lui-même à l'origine de cette évolution. Comme le remarque le conseiller Deschamps : *« Dans des quantités de [projets] de lois, la commission permanente a transformé automatiquement les RAP en décrets en Conseil d'Etat pour alléger l'Assemblée générale, estimant qu'il n'était pas utile [qu'elle fût consultée] ».* (CE, Assemblée générale, 16 octobre 1958, « Projet de décret tendant à modifier les dispositions transitoires du décret du 28 juillet 1955 portant RAP relatif au statut particulier du personnel des directions régionales de Sécurité sociale », extrait du compte-rendu en Assemblée générale, reproduit *in : Archives constitutionnelles de la Ve République, op. cit.,* vol.1, p.117)

[308] v. lois des 11 juillet 1953, 14 août 1954, 2 avril 1955, 16 mars 1956, 23 juin 1956 (*cf. supra,* n°619, note 2)

[309] v., par exemple, loi n°48-465 du 21 mars 1948 instituant une caisse autonome de reconstruction (J.O.R.F. du 23 mars, p.2842), art. 11 ; loi n°49-874 du 5 juillet 1949 relative à diverses dispositions d'ordre économique et financier (J.O.R.F. du 6 juillet, p.6637), art. 7 ; loi n°51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière de statistiques (J.O.R.F. du 8 juin, p.6013), art. 9 ; loi n°52-5 du 3 janvier 1952 relative au développement des dépenses de réparation des dommages de guerre et de construction pour l'exercice 1952 (J.O.R.F. du 4 janvier, p.180), art. 31, 6°. La tendance s'accroit encore sous la Ve République, v. les exemples cités par Jean-François Lachaume (*La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français, op. cit.,* p.243)

[310] Décret n°63-766 du 30 juillet 1963 portant règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 et relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat (J.O.R.F. du 1er août, p.7107), art. 21, dernier alinéa.

- La IVe République voit enfin se développer la pratique des décrets après avis du *Conseil économique*[311], ou après avis de *l'Assemblée de l'Union française*[312], voire après avis d'une *commission parlementaire*[313] ; sans compter tous les décrets soumis à la consultation d'organismes techniques dont le nombre ne cesse de se multiplier depuis les années 1920 (conseil de l'enseignement supérieur, conseil supérieur de la fonction publique, conseil supérieur de l'hygiène sociale etc.)[314] Si bien qu'au milieu du XXe siècle, il n'est jamais aussi vrai de constater, suivant la formule de Maurice Hauriou, *« qu'il n'y a pas d'unité du pouvoir réglementaire. »*[315]

b) L'exacerbation du critère formel

863. La multiplication des formes réglementaires conduit à une exacerbation du critère formel dans la distinction et la hiérarchisation des différents règlements. Il devient le seul critère susceptible d'opérer une discrimination entre les actes règlementaires émanant du Gouvernement. Jean-Louis Quermonne le démontre dès 1952 : *« le critère organique doit se doubler d'un critère formel. Seul ce dernier peut permettre de distinguer les actes de force différente émis par une même autorité »*[316]. Dans cette lignée, Jean-François Lachaume s'attache, en 1965, à identifier les éléments constitutifs du critère formel. C'est de l'existence d'une procédure consultative et, le cas échéant, de la nature de l'organe consulté et des modalités de la consultation[317] que découlent, selon lui, la distinction et la hiérarchie des actes réglementaires. Il aboutit à la hiérarchie suivante : RAP, décret en forme de RAP, décret en Conseil d'Etat, décret en Conseil des ministres, décret après avis du Conseil économique,

---

[311] La consultation du Conseil économique sur un projet de décret peut être *obligatoire* (Loi du 19 mars 1936 portant institution, organisation et fonctionnement d'un Conseil national économique, (J.O.R.F. du 21 mars, p.3186) art 8. ; loi n°54-439 du 15 avril 1954 sur le traitement des alcooliques dangereux pour autrui, (J.O.R.F. du 21 avril, p.3824), art. 14)) ou *facultative* (Décret n°48-1766 du 22 novembre 1948 fixant les conditions de détermination de la surface corrigée des locaux d'habitation ou à usage professionnel (J.O.R.F. du 23 novembre, p.11367)

[312] v. loi n°56-619 du 23 juin 1956 – dite « loi-cadre Defferre » – autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à entreprendre les mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant de la France d'Outre-Mer, (J.O.R.F. du 24 juin p.5782), art. 8. Sur cette question, v. LAMPUE, P., « Les attributions de l'Assemblée de l'Union française », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre, op. cit.,* spéc. p.359-382

[313] v. loi n°50-586 du 27 mai 1950 relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1950 (J.O.R.F. du 28 mai, p.5801) art. 51 (*cf. supra,* n°636 s.)

[314] Sur ces questions, v. WEBER, Y., *L'administration consultative,* Paris : LGDJ, 1968, 326 pages

[315] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.557

[316] QUERMONNE, J.-L., *op. cit.,* p.265

[317] LACHAUME, J.-F., *op. cit.,* p.302-312

décret après avis d'un organisme technique, décret simple[318]. Cette classification appelle plusieurs remarques. Cette exacerbation du critère formel dans la distinction des actes réglementaires est à l'origine de difficultés théoriques (i) et pratiques (ii).

i) Des difficultés théoriques

864. D'un point de vue *théorique,* on peut douter de la pertinence du critère formel dans la détermination de la hiérarchie des actes réglementaires. Paul Amselek y voit une théorie *« purement illusoire »*[319] et conteste la hiérarchie proposée par Jean-François Lachaume qu'il considère comme *« une construction purement gratuite de l'esprit »*[320]. On comprend mal, effectivement, comment tirer de la « nature de l'organe consulté » ou des « modalités de la consultation » un quelconque critère de hiérarchisation ; pourquoi, par exemple, un décret en Conseil des ministres occuperait-il, dans la hiérarchie des actes réglementaires sous la IVe République, un rang inférieur à un RAP, alors qu'il associe le Président de la République, présidant le Conseil des ministres, premier personnage de l'Etat, à son édiction ? Pourquoi un décret en Conseil d'Etat, porté à l'ordre du jour de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat – comme le permet le décret du 31 juillet 1945 –, occuperait-il un rang inférieur à un RAP dispensé d'examen en Assemblée générale, comme le permet le décret du 30 juillet 1963 ? Pourquoi un décret en Conseil d'Etat, voire un décret simple, abrogeant une loi comme le permettent de nombreuses lois de pleins-pouvoirs, occuperaient-ils un rang inférieur à un RAP ? La formalité consultative est donc un critère nettement insatisfaisant pour hiérarchiser les actes réglementaires. Pour Paul Amselek, la hiérarchie des textes suit, en réalité, la hiérarchie des *« compétences normatrices »*[321] des autorités d'édiction. Il s'agit d'une théorie des habilitations ; ce n'est pas de la nature des organes ou des formes des actes qu'ils édictent que découle la hiérarchie des textes, mais du champ des habilitations en vertu desquelles ils sont produits. Plus le champ de l'habilitation est étendu et indéterminé[322], plus la norme

---

[318] *ibid.,* p.262

[319] AMSELEK, P., « Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques », *RRJDP*, 1er avril 2007, n°5, p.557-581, spéc. p.571

[320] *ibid.,* note 49

[321] *ibid,* p.567, et p.580-581

[322] Il est précisé que la détermination du champ d'une norme habilitation (R) découle de sa hiérarchisation ou de sa coordination avec celui d'autres normes habilitations (L), en vertu d'une troisième norme qui les institue (C). C'est parce qu'un règlement autonome est produit conformément à la Constitution (C) en vertu d'une norme d'habilitation (R_1) dont le champ est *coordonné* avec celui de l'habilitation du législateur (L), qu'il occupe un rang supérieur à un règlement produit, dans le domaine de la loi, en vertu d'une habilitation (R_2) dont le champ de réglementation est, cette fois, *hiérarchisé* avec celui de l'habilitation du législateur (L). (v. sur ces concepts, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.395 et s.)

produite occupe un rang élevé dans la hiérarchie des normes. Un décret-loi, quelle qu'en soit la forme, occupe donc un rang nécessairement supérieur à un RAP, car le champ de réglementation de l'habilitation en vertu de laquelle il est produit nettement moins prédéterminé.

ii) Des difficultés pratiques

865. Le critère formel soulève également des questions sur le plan *pratique.* Car, en principe, la règle du parallélisme des formes ou procédures impose de suivre, à l'occasion de la modification ou de l'abrogation de l'acte réglementaire, les mêmes procédures que celles réalisées à l'occasion de son élaboration initiale. La question du critère de différenciation des règlements est donc intimement liée aux conditions d'exercice du pouvoir réglementaire. Ici, le critère formel a incontestablement le mérite de la *simplicité* ; il suffit de se reporter aux visas d'un texte pour déterminer les modalités de sa modification ou de son abrogation. Cette solution n'est pas sans poser de sérieuses difficultés sur le plan de la mutabilité des règlements. Car, si la forme d'un acte devient le critère de sa définition, toute formalité consultative s'inscrit *irréversiblement* dans son *instrumentum,* sinon dans son *negotium.* Il en résulte une intangibilité des formes qui fait courir le risque d'un « effet cliquet » en cas de multiplication (intentionnelle ou imposée) des procédures suivies lors de l'élaboration de l'acte. De sorte qu'un décret simple, soumis volontairement par le Gouvernement à l'avis du Conseil d'Etat, dans le but de lui conférer une plus grande solennité, deviendrait – par le jeu du critère formel – un véritable décret en Conseil d'Etat, imposant la consultation du Conseil d'Etat à l'occasion de sa modification ; le décret soumis *facultativement* au Conseil d'Etat (décret « après avis du Conseil d'Etat ») lors de son élaboration se transformerait ainsi en décret *obligatoirement* soumis au Conseil d'Etat (décret « le Conseil d'Etat entendu ») pour sa modification ou son abrogation. Dans cette hypothèse, le risque est grand d'alourdir considérablement les procédures de modification des actes, ou de voir le Gouvernement renoncer à l'avis du Conseil d'Etat sur les décrets simples. En consacrant l'intangibilité des formes, le critère formel conduit donc à l'irréversibilité des procédures et constitue, *in fine,* un frein à la souplesse de l'exercice du pouvoir réglementaire. Ces raisons expliquent pourquoi la doctrine et le Conseil d'Etat ont cherché, au milieu du XXe siècle, à lui substituer le critère matériel.

B- LA TENTATION DU CRITERE MATERIEL : LE SOUCI DE LA RATIONALISATION

866. Les raisons pratiques conduisent à l'émergence d'un critère matériel interne à l'exercice du pouvoir réglementaire[323]. En effet, l'inflation des formalités consultatives appelle progressivement une *rationalisation*. L'objectif est de faciliter l'exercice du pouvoir réglementaire en adossant le régime de la modification des actes, non sur leurs formes, mais au regard de leur nature intrinsèque. Le Conseil d'Etat s'engage dans la voie du critère matériel sous la IVe République (1), inaugurant une tendance toujours d'actualité sous la Ve République (2).

1) Une tentative inaugurée sous la IVe République

867. L'adoption d'un critère matériel pour définir, distinguer – et donc hiérarchiser – les différents règlements du président du conseil repose sur l'idée que *l'essence* d'un règlement (sa nature intrinsèque) détermine ses formes, et non l'inverse. Il permet donc d'opérer un *déclassement* des actes réglementaires qui, à raison d'un formalisme excessif, ont intégré une catégorie non désirée. Le critère matériel atténue donc la règle du parallélisme des procédures. Le Conseil d'Etat en a dégagé les principaux traits dans les années 1950 en distinguant les règlements selon le statut déontique de leurs formalités consultatives et les matières mêmes qu'ils régulent.

a) Critère matériel et statut déontique de la consultation

868. La première brèche portée à la règle du parallélisme des procédures repose sur l'idée qu'il existerait une distinction à faire dans le régime de la modification des actes règlementaires selon le caractère obligatoire ou facultatif des formalités suivies lors de leur élaboration. Autrement dit, la modification ou l'abrogation d'un règlement n'imposerait de suivre une procédure consultative que si cette procédure est obligatoirement exigée pour l'édiction de l'acte. Un avis recueilli de façon purement facultative ne déterminerait pas le régime de la modification ultérieure de l'acte. Cette solution est dégagée par le Conseil d'Etat, le 5 juillet 1950, dans un arrêt *Syndicat national des administrateurs des colonies*[324] ; le juge

[323] *Nota bene* : il n'est ici question que de la distinction matérielle des formes d'exercice du pouvoir réglementaire d'une même autorité, non de la distinction matérielle des lois et des règlements. Les mêmes vertus rationalisatrices expliquent néanmoins l'émergence du critère matériel dans la distinction des lois et règlements en 1958. (*cf. infra,* Titre suivant, et v. PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* p.723)

[324] CE, 5 juillet 1950, *Syndicat national des administrateurs des colonies et des services civils de l'Indochine et sieur Mesmer,* Rec. p.415

considère que la consultation du Conseil d'Etat n'est pas exigée à l'occasion de la modification d'un décret simple pris « après avis du Conseil d'Etat », c'est-à-dire après consultation *facultative* de celui-ci. Seule demeure obligatoire la consultation du Conseil dans l'hypothèse où cette consultation est *obligatoirement* et initialement exigée pour l'édiction du règlement. Cette position conduit, selon Jean Massot, à la distinction entre les *« vrais »*[325] décrets en Conseil d'Etat (les décrets « le Conseil d'Etat entendu ») dont la consultation est imposée par un texte, et les *« faux »* décrets en Conseil d'Etat (les décrets « après avis du Conseil d'Etat »), dont la consultation demeure soumise à la discrétion du Gouvernement. Cette distinction est relativement ancienne[326], mais trouve une acuité particulière à l'heure où se multiplient les formalités consultatives ; elle permet, à l'occasion de la modification d'un décret pris « après avis du Conseil d'Etat », d'opérer son déclassement en décret *simple,* et d'éviter un passage devant le Conseil d'Etat. L'exercice du pouvoir réglementaire en est facilité. Le critère matériel de la *nature* de la consultation (obligatoire ou facultative) permet ainsi la *réversibilité* des formes, rendues intangibles par le jeu exclusif du critère formel.

869. Les sections administratives avaient consacré ce critère matériel dès le 13 juillet 1944, dans un contexte où le « désordre normatif » – résultant de l'exercice conjoint et conflictuel des fonctions législative et réglementaire par le Maréchal Pétain, d'une part, et les autorités de la France Libre, d'autre part, (*cf. supra,* n°239 s.) – appelait une rationalisation[327]. La solution est confirmée tout au long de la IVe République[328]. Le 4 mars 1952, dans une « note de jurisprudence », à l'attention de la Section des travaux publics, le rapporteur Max Querrien rappelle que *« lorsqu'aucune disposition n'exige qu'un décret soit pris en la forme des RAP, ce décret peut être pris la section entendue alors même qu'il modifie un décret*

---

[325] v. MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », *in : la République : Mélanges en l'honneur de Pierre Avril,* Paris : Montchrestien, 2001, 632 pages, p.363-371, spéc. p.367

[326] Comme le relève Jean Massot, la distinction est déjà opérée par Léon Béquet en 1891 : *« le Conseil d'Etat* peut *être consulté sur tout décret à signer par le Président de la République, mais il* doit *être consulté (...) sur tout décret qu'une loi spéciale dit devoir être rendu en Conseil d'Etat ou le Conseil d'Etat entendu ».* (BEQUET, L., *Le Conseil d'Etat : organisation – fonctionnement,* Paris : Paul Dupont, 1891, 266 pages, spéc. p.79, cité par MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires… », *art. cit.,* p.367)

[327] CE, Section des travaux publics, 13 juillet 1944, n°236023 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote AL//4526

[328] Le 7 avril 1951, la Commission de la fonction publique s'interroge sur la régularité d'un décret de 1950 modifiant, sans délibération de l'Assemblée générale, un décret de 1928 édicté à la suite d'une telle délibération. Le Président André Andrieux considère que *« si le décret de 1928 est venu en Assemblée générale c'est à cause de certaines de ses dispositions (notamment celles relatives à l'organisation judiciaire, pour lesquelles le Sénatus-consulte de 1854 imposait la forme des RAP), mais les autres dispositions qui y sont insérées peuvent être modifiées par simples décrets en Conseil d'Etat, du moment qu'aucun texte législatif n'en dispose autrement. »* (CE, Commission de la fonction publique, 7 avril 1951, Projets de décrets modifiant le décret du 27 novembre 1947 portant modification temporaire au recrutement dans la magistrature d'outre-mer, n°251865) ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/167, note manuscrite du rapporteur.

antérieur intervenu après avis de l'Assemblée générale. »[329] La section adopte ainsi – sans renvoi à l'Assemblée générale – un projet de décret portant modification d'un règlement pourtant délibéré, en 1939, dans les formes du RAP. En septembre 1952, l'Assemblée générale adopte une série de décrets pour lesquels sa consultation n'est pas exigée ; elle prend soin d'avertir le Gouvernement du caractère facultatif de cette consultation et de préciser que *« l'existence de précédents décrets délibérés en Assemblée générale n'oblige nullement à saisir à nouveau celle-ci des textes les modifiant ou les abrogeant. »*[330] Cette position préfigure celle qui sera – pour un temps – retenue sous la Ve République à propos des décrets en Conseil des ministres. Par un arrêt du 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants de médecine*[331], le Conseil d'Etat distingue les « vrais » décrets en Conseil des ministres (ceux dont la consultation du Conseil des ministres est imposée par la Constitution ou par les lois) et les « faux » décrets en Conseil des ministres (ceux pour lesquels cette consultation est laissée à la discrétion du Président de la République) ; seuls les premiers de ces décrets sont assimilés à des actes du Président de la République, les autres demeurent des actes du Premier ministre soumis aux règles du contreseing de l'article 22 de la Constitution et modifiables par décrets simples. Peu conforme à l'esprit de la Ve République, cette jurisprudence est abandonnée en 1992 au profit de la solution posée par l'arrêt *Meyet.* (*cf. infra,* n°876)

b) Critère matériel et nature des matières régulées

870. Une seconde brèche est ouverte dans la règle du parallélisme des procédures avec l'idée selon laquelle, *en certaines matières*, le pouvoir réglementaire s'exercerait en formes simplifiées, quelles que soient les formalités consultatives imposées par ailleurs par les lois. Le Conseil d'Etat l'a reconnu, le 15 juillet 1954, dans un arrêt *Société des aciéries et forges*

---

[329] CE, Section des travaux publics, 4 mars 1952, « Projet de décret modifiant le décret du 29 août 1939 concernant la règlementation de la pêche fluviale », n°257254 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/236. En l'espèce, et bien que le décret du 29 août 1939 fût délibéré en Assemblée générale, la loi du 15 avril 1829 n'exigeait aucune délibération de la sorte. Le décret est donc approuvé en section, sans renvoi à l'Assemblée générale.

[330] CE, Assemblée générale, 23 septembre 1952, « Projets de décrets portant modification du montant des transactions sur la poursuite des délits et contraventions en matière forestière », n°258883 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/258. On lit, dans la note adressée au Gouvernement : *« aucune disposition du code forestier ne comporte une habilitation générale au profit du RAP pour les mesures d'application dudit code (…), il semble donc que cette matière ait été évoquée par un RAP de 1859 en dehors de toute nécessité juridique. (…) Bien entendu, si l'administration désire consulter le Conseil d'Etat, rien ne s'y oppose, mais la formule « après avis du Conseil d'Etat » marque bien le caractère facultatif de cette consultation. »*

[331] CE, 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants en médecine,* Rec. p.311 ; *RFDA,* 1988.20, concl. S. Daël

de Saint-François[332] ; l'Assemblée du contentieux a considéré que, dans les matières considérées comme « règlementaires par nature » définies par l'article 7 de la loi du 17 août 1948 (*cf. supra,* n°582 et *infra,* n°989 s.), les formes prescrites par ladite loi se substituent, pour l'exercice du pouvoir réglementaire, à toutes autres formes exigées par les lois en vigueur. En l'espèce, le Gouvernement avait modifié, sur le fondement de la loi du 17 août 1948, les RAP portant cahiers des charges-types applicables à la distribution du gaz et de l'électricité établis sur le fondement des articles 37 et 45 de la loi du 8 avril 1946. Ces dispositions législatives imposaient, outre les formes exigées pour les RAP, la consultation du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz. Le Gouvernement pourtant, s'étant conformé aux seules procédures prescrites par la loi du 17 août (examen en section du Conseil d'Etat et délibération en Conseil des ministres), n'a pas jugé utile de saisir l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, ni de recueillir l'avis du Conseil supérieur de l'électricité et du gaz. L'Assemblée du contentieux n'a pas considéré cette rupture dans le parallélisme des procédures comme constitutive d'une illégalité. Comme le relève Georges Maleville : *« par cet arrêt, le Conseil d'Etat a donc admis que la loi du 17 août 1948 devait être considérée en elle-même et qu'il suffisait au Gouvernement de se conformer aux prescriptions de cette loi, à l'exclusion de toute autre disposition législative visant l'exercice du pouvoir réglementaire. (...) »*[333]. Dès lors que le Gouvernement entend réguler une matière considérée comme règlementaire « par nature » au sens de l'article 7 de la loi du 17 août 1948, seules s'imposent les formes prescrites par ladite loi. *« Ainsi interprétée par le Conseil d'Etat,* écrit Maleville, *la loi du 17 août 1948 ne peut que rendre plus rapide et plus libre l'exercice du pouvoir réglementaire. »*[334] Cette solution ne s'imposait pourtant pas d'emblée. Le commissaire du gouvernement Laurent, refusant d'ériger la loi du 17 août 1948 en loi de pleins-pouvoirs, considérait que les décrets édictés sur son fondement demeuraient, dans leur essence, *« des décrets du type commun »*[335]. Ainsi, à ses yeux, si le Gouvernement était sans doute habilité *« à traiter de l'organisation et du fonctionnement des services publics, il n'[était] pas autorisé, pour autant, à modifier les procédures gouvernementales établies par la loi, telle que l'obligation de recourir à des RAP. »*[336] Force est de constater que l'Assemblée du

[332] CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des Aciéries et Forges de Saint-François,* Rec. p.482 ; *AJDA,* 1954.II.459, note Long ; *RPDA* 1954.205, concl. Laurent
[333] MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.62
[334] *ibid.,* p.62
[335] LAURENT, « Conclusions », *RPDA,* 1954, p.207, col. 1
[336] *ibid.,* col. 2

contentieux ne l'a pas suivi sur ce point. Marceau Long ne manque pas de relever, à son tour, l'interprétation légèrement constructive du Conseil d'Etat :

> « Si cette solution est de nature à simplifier la tâche du gouvernement en allégeant – d'une façon peut-être excessive – certaines procédures réglementaires, il n'est pas aussi certain qu'elle soit conforme à l'esprit de la loi du 17 août 1948 qui s'appliquait au partage de compétence entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, mais non, semble-t-il, à l'exercice du pouvoir réglementaire. »[337]

Quoi qu'il en soit, l'arrêt *Société des aciéries et forges de Saint-François* fait dépendre le régime de la modification de certains règlements, non des formes suivies lors de leur élaboration, mais de la *nature des matières* qu'ils régulent.

871. Pour surprenante qu'elle soit, cette atteinte au parallélisme des procédures n'a rien de théoriquement inadmissible. Elle est une conséquence de la hiérarchie des « compétences normatrices » identifiée par Paul Amselek (*cf. supra,* n°864, note n°321). Sur le plan pratique, elle permet une simplification des formes d'exercice du pouvoir réglementaire dans le champ de l'article 7 de la loi du 17 août 1948, c'est-à-dire dans les matières considérées comme « réglementaires par nature ». Il n'est pas interdit d'y voir la genèse d'un pouvoir réglementaire *autonome*, non seulement dans son champ d'application, mais aussi dans ses modalités d'exercice. C'est ce à quoi aboutira l'article 37, alinéa 1er de la Constitution du 4 octobre 1958 qui substituera, dans le domaine réglementaire, le *décret simple* à toutes les autres formes réglementaires (*cf. infra,* n°1165 s.).

872. Pour l'heure, la solution de l'arrêt *Société des aciéries et forges de Saint-François* est régulièrement appliquée par les sections administratives du Conseil d'Etat. En témoigne un avis daté du 22 mars 1955 par lequel la Section des travaux publics, se référant expressément à l'arrêt de 1954, admet le défaut de consultation de l'Assemblée générale sur un projet de décret relatif à l'organisation des ports maritimes, modifiant un RAP de 1924[338]. La Section du contentieux a, quant à elle, progressivement généralisé la solution dégagée en 1954. Le 8 mars 1957, dans un arrêt *Rozé*[339]*,* elle reconnaît que, dans les matières considérées comme « réglementaires par nature », un décret pris dans les formes prescrites par la loi du 17 août 1948 peut toujours modifier les dispositions d'un décret-loi, pris sur le fondement d'une loi de pleins-pouvoirs, fût-ce à l'expiration du délai d'habilitation[340] :

---

[337] LONG, M., « Note sous CE, 15 juillet 1954, *Société des aciéries et forges de Saint-François », AJDA,* 1954.II, p.461, col.1

[338] CE, Section des travaux publics, 22 mars 1955, « Projet de décret relatif à l'organisation des ports maritimes », n°266426 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/366

[339] CE, Sect., 8 mars 1957, *Rozé et autres,* Rec. p.147, concl. Mosset ; *D.* 1957.III.354, note Tixier

[340] C'est la solution proposée par le commissaire du gouvernement Mosset : *« Si la disposition en cause, incluse dans un décret-loi, avait pu être prise, au moment de l'intervention de ce décret-loi, en vertu du pouvoir*

> « considérant que de telle prescriptions constituaient ainsi des mesures réglementaires normales et que le fait qu'elles ont été inscrites, à côté de dispositions d'une nature différente, dans des décrets pris au titre de la loi du 11 juillet 1953 n'a pu leur conférer le caractère de mesures intervenues en vertu des pouvoirs spéciaux conférés au gouvernement par ladite loi ».

Ici, la Section du contentieux considère que, dans les matières « réglementaires par nature », les formes simplifiées d'exercice du pouvoir réglementaire prévalent sur toutes autres formes exigées par la législation en vigueur, pour l'édiction des RAP et des décrets-lois. Le critère matériel est ici poussé jusqu'à l'extrême ; dans le domaine « naturel » de l'Exécutif, aucune autre procédure ne s'impose à l'exercice du pouvoir réglementaire que celles prescrites par la loi du 17 août 1948. Cette lignée jurisprudentielle revient à placer les décrets pris sur le fondement de la loi du 17 août 1948 au sommet de la hiérarchie des textes réglementaires[341], résultat de la supériorité reconnue à la loi du 17 août 1948 sur toute autre loi d'habilitation[342]. Dans le champ des matières réglementaires par nature, elle permet d'opérer le *déclassement réglementaire* des actes édictés dans des formes indésirables. Ici, le *« fond l'emporte sur la forme »*[343] comme le reconnaîtra le conseiller Renaudin, en novembre 1957, devant la Section des travaux publics. Seul le *déclassement législatif* des lois intervenues dans les matières réglementaires demeure pour l'heure impossible[344]. L'article 37 alinéa 2 de la Constitution de 1958 permettra de lever cet obstacle (*cf. infra,* n°1031 s.)

2) Une tendance confirmée sous la Ve République

873. L'idée d'une rationalisation matérielle de l'exercice du pouvoir réglementaire est confirmée sous la Ve République[345]. Car, si les articles 34 et 37 rationalisent le partage des

---

réglementaire du gouvernement, soit par nature, soit à la suite de l'extension permanente du domaine du règlement réalisée par la loi du 17 août 1948, elle peut toujours ultérieurement être modifiée par un décret ayant même force juridique. Le fait que cette disposition ait été prise sous la forme d'un décret-loi en vertu d'une loi de pleins pouvoirs est sans influence. Même après l'expiration de la période de pleins pouvoirs un nouveau décret peut toujours modifier une telle disposition. » (« Conclusions », Rec. 1957, p.153)

[341] LACHAUME, J.-F., *op. cit.,* p.264 et s.

[342] Georges Maleville qualifie la loi du 17 août 1948 de sorte de *« loi organique ».* (MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 (…) », *art. cit.,* p.60)

[343] CE, Section des travaux publics, 5 novembre 1957, « Question de savoir si le décret du 20 mai 1955 relatif à la répartition du contingent de rhum à la Martinique et à la Guadeloupe pris en vertu des pouvoirs spéciaux peut être modifié par décret », n°273109 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/481

[344] CE, Ass., 24 juin 1955, *Ville de Lyon et de Paris,* précité

[345] v., sur cette question, LE MIRE, P., « La réforme du pouvoir réglementaire gouvernemental », *RDP*, 1981, p.1241-1269 ; CHAPUS, R., « Le statut des décrets réglementaires délibérés en Conseil des ministres », *D.,* 1988, Chron. 199-200 ; CELARD, A., *Le partage du pouvoir réglementaire, op. cit.* ; RAYNAUD, F., FOMBEUR, P., « Définition du décret en Conseil d'Etat », *art. cit.* ; MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », *art. cit.* ; LABETOULLE, D., « Décret simple ou décret en Conseil d'Etat », *Revue juridique de l'économie publique,* n°677, juillet 2010, repère 7 ; GUIHAL, D., « La répartition entre décret en Conseil d'Etat et décret simple », *AJDA,* 2010, p. 1308 ; LABETOULLE, D., « La

domaines de la loi et du règlement, ils laissent dans l'ombre la question de la répartition des matières entre les différentes catégories de décrets (RAP, décret en Conseil d'Etat, décret en Conseil des ministres et décret simple). La recherche d'un critère matériel traverse donc la Ve République, en témoigne une étude du Conseil d'Etat réalisée en 1979. La difficulté de l'exercice profite néanmoins au critère formel, à nouveau victorieux à la fin du XXe siècle.

a) La recherche d'un critère matériel : l'étude de 1979

874. La prolifération des formes réglementaires ne disparaît pas avec l'avènement de la Ve République. En 1975, ce constat conduit le Premier ministre[346] à demander à la Commission du rapport du Conseil d'Etat une étude sur le pouvoir réglementaire[347]. L'Assemblée générale en délibère le 15 février 1979 et aboutit aux considérations suivantes.

875. S'agissant de la distinction entre RAP et décrets en Conseil d'Etat, le rapport souligne l'existence d'un important *« désordre »* [348] et l'impossibilité de trouver un critère de distinction précis. Il propose, par conséquent, la fusion des deux catégories en une seule, ce que réalisera la loi du 7 juillet 1980[349]. S'agissant de l'intervention du Conseil des ministres sur les projets de décret, la Commission du rapport parvient à identifier un certain nombre de lignes directrices qu'elle soumet au Gouvernement ; l'intervention semble justifiée dans quatre situations : 1° sur les textes à vocation législative (ordonnances, décrets d'avance en matière budgétaire etc.), 2° sur le déclenchement de certains états d'exception (état de siège, état d'urgence, mise en garde), 3° sur les dispositions ayant trait à l'exercice des libertés publiques, 4° sur les mesures relatives à la structure et à l'organisation du travail

---

place du décret en Conseil d'Etat dans l'exercice du pouvoir réglementaire général », *in : La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa,* Paris : Dalloz, 2011, 710 pages, p.353-362

[346] *« Je souhaite que la Commission du Rapport engage une étude sur le pouvoir réglementaire. Sans vouloir enfermer le Conseil d'Etat dans une définition trop stricte du sujet, j'estime nécessaire une remise en ordre analogue à celle que la Constitution de 1958 a réalisée dans la répartition des matières entre la loi et le règlement. J'observe, en effet, qu'en dehors des cas où le législateur fixe le niveau du texte à prendre, aucun critère rationnel ne préside à la répartition des décrets entre les différents niveaux. Leur passage devant le Conseil d'Etat ou devant le Conseil des ministres résulte le plus souvent de coutumes ou de textes dont certains ont perdu sans doute leur justification. Une hiérarchie mieux définie et correspondant davantage à l'importance intrinsèque des textes règlementaires devrait être établie ».* (on souligne) (Extrait de la lettre de saisine, mentionné par le rapporteur Combarnous devant l'Assemblée générale, p.1-2).

[347] Étude n°25 - Le pouvoir réglementaire : composition du groupe d'étude, correspondance, compte-rendu d'entretien avec Pierre Laroque, notes, travaux du groupe d'étude, minute et discussions de l'Assemblée générale du 15 février 1979, rapport final ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 20050574/21.

[348] Rapport, p.239. On lit ensuite : *« L'analyse des différentes législations montre que, dans la plupart des cas, la distinction entre RAP et décret en Conseil d'Etat ne correspond à aucun classement rationnel et résulte seulement de la juxtaposition de textes pris à des époques où prévalaient des conceptions différentes du recours au RAP pour assurer l'application de la loi »* (*ibid.*)

[349] Loi n°80-514 du 7 juillet 1980 portant suppression du renvoi au RAP dans les lois (J.O.R.F. du 9 juillet, p.1701)

gouvernemental ou à celles qui concernent l'ensemble du Gouvernement[350]. Quant à la distinction entre décret simple et décret en Conseil d'Etat, les conclusions de la Commission du rapport ne sont pas – de l'avis même du rapporteur Combarnous – pleinement satisfaisantes ; l'étude du droit positif révèle que, malgré l'absence d'incohérence généralisée, il existe de nombreuses *« anomalies fréquentes et injustifiables »*[351] dans la répartition entre décret simple et décret en Conseil d'Etat. La Commission refuse pourtant de s'engager dans la formalisation d'un critère trop rigoureux[352] et s'en tient à la formulation de principes directeurs que le Premier ministre pourrait adresser, sous forme de « directive générale » aux différents ministères. *« L'idée élémentaire est que les dispositions les plus importantes (quant au fond) doivent être prises par les autorités les plus élevées et avec la procédure comportant le plus de garanties. »*[353] Cette importance s'apprécie en surface (objet du décret) et en profondeur (niveau d'intervention du décret) ; relèveraient ainsi du décret en Conseil d'Etat les décrets qui, par leur objet, complètent les dispositions législatives dans les matières où, en vertu de l'article 34, la loi fixe les règles, ceux qui sont relatifs à l'organisation et au fonctionnement des organes constitutionnels et aux rapports des collectivités publiques entre-elles, ou ceux qui déterminent les principales règles du fonctionnement des services publics ; en relèveraient également les décrets qui, par leur niveau d'intervention, émanent du pouvoir réglementaire autonome ou interviennent sur le fondement immédiat des lois[354].

b) Le retour du critère formel ?

876. Force est de constater que, malgré la demande du Premier ministre, la Commission du rapport n'a pas souhaité s'engager dans la formalisation d'un critère matériel au-delà de simples recommandations de principe. *« Introuvable »*[355], alors le critère matériel ? La jurisprudence de la fin du XXe siècle marque effectivement un ralliement au critère formel ; par son arrêt *Meyet* du 10 septembre 1992[356], l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat

---

[350] Rapport de Michel Combarnous en Assemblée générale, références précitées, p.5 et 6

[351] *ibid.,* p.8

[352] *« Il est clair que faire figurer dans un texte législatif ou constitutionnel, des règles générales de répartition entre décret simple et décret en Conseil d'Etat, serait une source de complexité considérable et ceci, sans que l'on puissance beaucoup y gagner en clarté car il est certain que rien n'interdirait au législateur de méconnaître par la suite ces règles, et qu'on se retrouverait très vite dans une situation aussi confuse qu'à l'heure actuelle, sinon plus ! »* (*ibid.,* p.10)

[353] *ibid.,* p.8

[354] Rapport, p.236

[355] MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », *art. cit.,* p.366

[356] CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet,* Rec. p.327 ; concl. Kessler ; *AJDA* 1992.643, chr. C. Maugüé et R. Schwartz ; *D.* 1993.293, note O. Gohin ; *JCP* 1993.I n°3645, chr. E. Picard (v. n°6) ; *LPA* 21 octobre 1992, p.11,

considère désormais que toute délibération – même facultative – du Conseil des ministres sur un projet de décret exige qu'il soit soumis à la signature du Président de la République, et modifié par lui[357] ; par son arrêt *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres* du 3 juillet 1998[358], l'Assemblée du contentieux considère que la mention – même erronée – de la consultation obligatoire du Conseil d'Etat dans le décret initial (le « Conseil d'Etat entendu ») impose sa modification dans les mêmes formes.

877. Parfois loué[359], parfois critiqué[360], ce ralliement au critère formel condamne-t-il définitivement le critère matériel ? Il est permis de douter. D'une part, en effet, les jurisprudences de 1992 et 1998 ne marquent pas un retour au strict parallélisme des procédures ; la règle dégagée dans l'arrêt *Syndicat national des administrateurs des colonies* en 1950 – constamment réitérée[361] – autorise toujours la modification ou l'abrogation par décret simple d'un décret pris « après avis du Conseil d'Etat ». D'autre part, et surtout, la recherche du critère matériel n'a jamais cessé de demeurer d'actualité. Elle figure, en 2010, au cœur d'une ordonnance portant adaptation des renvois à des dispositions réglementaires d'application dans la partie législative du code rural[362], élaborée à partir des conclusions d'un groupe de travail réuni au Conseil d'Etat sous la présidence de Daniel Labetoulle[363] et délibérée en Assemblée générale. Le rapport adressé au Président de la République, sur le projet d'ordonnance, relève la nécessité d'une *« mise en adéquation du niveau hiérarchique des normes avec la nature des mesures à prendre pour assurer l'application des dispositions législatives »,* et particulièrement d'opérer une clarification des domaines du décret simple et du décret en Conseil d'Etat. En 2011, le *Rapport public* du Conseil d'Etat en synthétise les principes directeurs : la consultation obligatoire du Conseil d'Etat apparaît justifiée sur les matières qui *« appellent par nature des garanties »* (libertés individuelles, droit de propriété,

---

note T. Celerier ; *RDP* 1992.1799, concl. Kessler, et p.1822, note A.M. Le Pourhiet ; *RFDA* 1993.55, note D. Pouyaud

[357] Sous réserve de la mention, dans le décret ainsi délibéré, d'une possible modification par décret simple. (CE, 9 septembre 1996, *Collas,* Rec. p.347 ; *D.* 1997.129, note O. Gohin ; *LPA* 1997, n°56 étude J.-D. Dreyfus)

[358] CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres,* Rec. p.272 ; *AJDA* 1998.780, chr. F. Raynaud, P. Fombeur ; *LPA* 12 janvier 1999, p.10, note Moniolle.

[359] MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », *art. cit.,* p.368

[360] René Chapus parle d'un *« nominalisme brutal [et] déconcertant. »* (CHAPUS, R., *Droit administratif général,* 15e éd., *op. cit.,* p.457)

[361] CE, 4 juin 2012, *Société BT France*, Lebon T. p.547 ; *RJEP* 2012, n°720, p.28, concl. Botteghi ; *AJDA* 2013.1733, chr. Domino et Bretonneau

[362] Ordonnance n°2010-461 du 6 mai 2010 portant adaptation des renvois à des dispositions réglementaires d'application dans la partie législative du code rural

[363] v. LABETOULLE, D., « Décret simple ou décret en Conseil d'Etat », *art. cit.* ; GUIHAL, D., « La répartition entre décret en Conseil d'Etat et décret simple », *art. cit.* ; LABETOULLE, D., « La place du décret en Conseil d'Etat dans l'exercice du pouvoir réglementaire général », *art. cit.*

régime des obligations etc.) *« ainsi que [sur] les textes qui définissent les grandes lignes d'une réglementation majeure (...) »*[364]. C'est, là même, les conclusions de l'étude de 1979.

878. Pour conclure, en permettant de penser la régularité, indépendamment de l'idée de légalité, la *Stufentheorie* rend possible l'étude de la hiérarchie des actes *infra* législatifs, particulièrement celle de la hiérarchie réglementaire. Ici, l'inapplicabilité du critère organique oblige la doctrine et la jurisprudence à identifier un critère de hiérarchisation alternatif ; si la profusion des formes réglementaires au milieu du XXe siècle profite au critère formel, le souci de la rationalisation – pour la simplification de l'exercice du pouvoir réglementaire – conduit bientôt à la recherche d'un critère matériel, toujours d'actualité.

879. Conclusion de la section. La définition classique – et purement négative – de la « légalité » s'avère insuffisante pour rendre compte des manifestations modernes du pouvoir réglementaire. En présentant toute norme comme étant à la fois *création* et *application* du droit, la *Stufentheorie* permet à la doctrine française de repenser les rapports de la loi et du règlement en mettant en évidence la nécessaire discrétionnalité de ce dernier. Cette théorie révèle que le « principe de complémentarité » est moins un rapport de détermination du *contenu* de la norme inférieure par la norme supérieure, qu'un rapport de détermination des *contours* de celle-ci par celle-là. Cette conception est transposable à tous les échelons de la « hiérarchie des normes ». A condition d'en identifier un critère, elle permet de penser l'ensemble des manifestations réglementaires, en elles-mêmes et sans référence à la loi, tout en maintenant l'idée générale de « régularité » de l'action administrative.

880. Conclusion du chapitre. L'émancipation du pouvoir réglementaire doit tout autant à l'émergence des décrets-lois et des règlements autonomes qu'aux mutations du pouvoir réglementaire complémentaire. Or, en doctrine, l'intérêt porté à la première dimension du phénomène éclipse généralement la seconde. Pourtant, le règlement complémentaire ne participe pas moins à la « force de gouverner » (N. Roussellier) que le règlement autonome ou le décret-loi ; en facilitant l'application de la loi, il confère à la volonté générale son achèvement. Est-il réellement permis d'y voir une activité subordonnée ?

[364] Conseil d'Etat – *Rapport public 2011*, vol. 1, p.118

Conclusion du Titre 1 :
Relativiser la subordination du règlement à la loi

881. L'observation des mutations qui affectent la hiérarchie des fonctions de législation dans l'Etat au cours de la première moitié du XXe siècle doit faire relativiser la subordination du règlement à la loi. Sous le double effet de la découverte du « rapport d'habilitation » et de la redéfinition du « rapport de complémentarité » s'affirme la discrétionnalité propre du pouvoir réglementaire, fût-ce dans le champ d'application de la loi.

882. A la fin du XIXe siècle, l'abandon de la théorie de la « délégation législative » – qui aboutissait à assimiler les règlements ainsi élaborés à d'authentiques « mandats » du législateur parlementaire – conduit la doctrine française à y substituer l'idée « d'habilitation législative ». Ce principe d'habilitation, emprunté au droit civil, est un rapport *d'autorisation* permettant de penser la légalité d'une action indépendamment de la détermination de son contenu. A la faveur de ce décalage, il devient possible de justifier les manifestations les plus discrétionnaires du pouvoir réglementaire (y compris *praeter* et *contra legem*) sans rompre avec la fiction de « l'exécution des lois ». Ainsi les décrets-lois se trouvent-ils rapatriés sous l'empire des principes du constitutionnalisme républicain de 1875 et 1946 ; ils exécutent leur loi d'habilitation, c'est-à-dire un « pouvoir de faire » que leur octroient les Chambres. Parallèlement, s'opère une redéfinition du « rapport de complémentarité ». Incomplètes par définition, les lois parlementaires supposent d'être adaptées – par la voie règlementaire – aux faits qu'elles entendent régir. Ainsi, l'activité complémentaire des lois apparaît-elle nécessairement discrétionnaire, y compris dans le champ d'application de la loi. En la matière, les enseignements de la *Stufentheorie* viennoise, qui relativisent la distinction entre *création* et *application* du droit, permettent progressivement à la doctrine française – qui héritait ses concepts du constitutionnalisme du XVIIIe siècle – de repenser le principe de légalité, non comme la simple expression d'une subordination, mais comme une dynamique autorisant la production graduelle du droit. Ce faisant, le « rapport de complémentarité » se trouve redéfini : moins qu'une détermination du *contenu* de la norme inférieure par la norme supérieure, il s'apparente à une détermination des *contours* de celle-ci par celle-là.

883. Tous ces montages doctrinaux et jurisprudentiels, bâtis entre 1914 et 1958, permettent d'opérer une synthèse entre la fiction de la supériorité de la loi (pilier de l'idéal républicain) et la discrétionnalité nécessaire du pouvoir réglementaire, complémentaire ou non. En vérité, c'est d'une authentique recomposition du « régime de la légalité » qu'il s'agit :

le pouvoir réglementaire ne demeure le produit d'une puissance *ex lege*, qu'à condition de substituer au point de vue statique, le point de vue dynamique. La subordination du règlement à la loi s'en trouve relativisée. Pour autant, cette discrétionnalité propre du pouvoir réglementaire demeure encore le produit d'une détermination hiérarchique ; elle reste dépendante des *autorisations* (c'est-à-dire des habilitations) législatives formelles ou de l'incomplétude des lois parlementaires. Ces considérations expliquent, qu'entre 1914 et 1958, progresse, et soit positivement consacrée, l'idée d'une détermination matérielle des rapports de la loi et du règlement. Cette étude est celle du Titre 2.

Titre 2 :
Une détermination matérielle

884. Au milieu du XXe siècle, les mutations qui affectent la mise en relation hiérarchique de la loi et du règlement s'accompagnent progressivement – et parallèlement – d'une réflexion sur leur mise en relation matérielle. L'idée de *coordonner* les champs des fonctions de législation du Parlement et de l'Exécutif complète, sinon remplace, peu à peu l'idéal de leur hiérarchisation. Cette évolution s'explique aisément : à l'épreuve de la crise des institutions parlementaires, elle permet d'envisager la discrétionnalité du pouvoir réglementaire, *indépendamment* des concessions parlementaires. Surtout, elle permet de concevoir la *protection* du domaine d'action libre ainsi reconnu à l'Exécutif, contre les immixtions législatives formelles. On comprend que l'idée de coordonner les domaines de la loi et du règlement ait progressivement séduit les réformistes des IIIe et IVe Républiques, au point d'être constitutionnalisée en 1958 par le jeu des articles 34, 37 et 41, et du titre VII, du nouveau texte constitutionnel.

885. Dans l'histoire constitutionnelle française, le critère matériel est donc utile à la rationalisation de l'exercice des fonctions de législation dans l'Etat, et – sauf à demeurer purement *indicative* – progressivement indétachable de l'idée de protection des domaines d'action des organes auxquels elles ont été attribuées ; émerge ainsi, en droit français, le concept de « réserves de compétence »[1] (législatives ou réglementaires), empruntée au modèle allemand de la monarchie limitée, théorisée par Otto Mayer à la fin du XIXe siècle, et réceptionnée dans la France du XXe siècle comme solution à la crise du système parlementaire. L'étude de la progression du critère matériel, entre 1914 et 1958, rejoint donc celle de la coordination des domaines, c'est-à-dire celle de la représentation qu'acquièrent peu à peu les acteurs de l'existence de matières réservées à la loi ou au règlement **(Chapitre 1er)**. Cette généalogie du critère matériel permet d'envisager l'étude de l'écriture et de la mise en place de la Constitution de la Ve République, tant elle structure les choix opérés en 1958-1959 **(Chapitre 2)**.

[1] MAYER, O., *Le droit administratif allemand,* t.1, *op. cit.,* p.92 s. Sur le concept de « réserve », v. aussi ; TREMEAU, J., *La réserve de loi, op. cit.,* p.13-56, et la bibliographie citée ; TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.432-434, et la bibliographie citée. Une situation de « réserve » normative se traduit par l'existence d'un mécanisme *inhibant* ou *sanctionnant* l'immixtion d'une norme produite en vertu d'une certaine habilitation dans un champ d'application – un domaine – régulable en vertu d'une autre habilitation, indépendamment de toute considération hiérarchique. (TUSSEAU, G., *op. cit.,* p.433)

Chapitre 1 :
La progression du critère matériel avant 1958

> « Si les décrets ne peuvent pas abroger la loi elle-même, ils peuvent en abroger les dispositions purement réglementaires et qui sont du domaine de l'autorité administrative. »[1]
> Gaston Griolet et Charles Vergé, 1892

886. Introduction : les deux fondements idéologiques du critère matériel. S'il retrouve une actualité au milieu du XXe siècle pour remédier à la crise du « parlementarisme absolu », au point d'être consacré par la Constitution de 1958, le critère matériel traverse l'histoire constitutionnelle française et mérite que l'on s'intéresse à ses fondements idéologiques[2]. Deux conceptions irriguent le recours au critère matériel : une conception *libérale* et une conception *gouvernementale,* toutes deux inaugurées au début du XIXe siècle.

887. 1° La conception libérale. La conception libérale puise ses racines dans la philosophie humaniste, réceptionnée par Locke et Montesquieu, qui établit une *« connexion nécessaire »*[3] entre loi et liberté. *« Là où il n'est pas de loi, il n'est pas de liberté »* lit-on dans le *Second traité du gouvernement civil*[4]. Cette idée, que l'on trouve exprimée dans diverses dispositions de la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1791, inspire encore Portalis en 1801 dans son *Discours préliminaire sur le projet de code civil*[5]. Mais c'est au juge judiciaire que l'on doit, au XIXe siècle, la formulation progressive d'un domaine de la loi. En effet, entre 1799 et 1814, la pratique du Consulat et de l'Empire conduit, *de facto* sinon *de jure,* à la réunion des fonctions de législation dans les mains des Consuls et de l'Empereur. Ainsi,

---

[1] GRIOLET, G., VERGE, C., *Supplément au Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, « Lois », tome X, Paris : Dalloz, 1892, p.6, cité par MESTRE, J.-L., « De l'ancien sur l'article 37 alinéa 2 de la Constitution », *RFDA,* 2001, p.301-318, spéc. p.301

[2] Sur la généalogie du critère matériel, v. PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* p.723-724

[3] JAUME, L., « Les droits contre la loi ? Une perspective sur l'histoire du libéralisme », *Vingtième siècle, Revue d'histoire,* n°85, 2005, p.21-29, spéc. p.26

[4] LOCKE, J., *Second traité du gouvernement civil,* §.57 ; v. aussi MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois,* spéc. Livre XI, chapitre 6 « De la Constitution d'Angleterre »

[5] *« De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, la palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance, et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière. (…) la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et l'affermir par les lois. »* (PORTALIS, J.-E.-M., « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil,* 1844, p. 12 reproduit *in :* MASTOR, W., BENETTI, J., EGEA, P., MAGNON, X., (dir.), *Les grands discours de la culture juridique, op. cit.,* p.691 et p.699)

nombreux sont les règlements consulaires et impériaux qui, souvent pour des raisons *« extra-juridiques »*[6] – mises en évidence par Charles Durand – régulent des matières réservées à la loi par la législation antérieure, voire abrogent expressément des lois formelles en vigueur ou méconnaissent des dispositions constitutionnelles[7]. En dépit des lois formelles et sans autorisation législative, Napoléon s'immisce par décrets dans tous les pans de la vie sociale et politique ; la police administrative, le droit privé et pénal, la justice, l'administration et les finances deviennent des terrains privilégiés de l'action réglementaire autonome[8], sans parler du droit des pays annexés. A la chute de l'Empire, nombreux sont ceux de ces textes à demeurer en vigueur (qualifiés rétrospectivement de « vrais *décrets-lois »* (*cf. supra,* n°620)), et posent la question de leur validité devant les tribunaux judiciaires[9].

888. Si, pour des considérations éminemment pratiques, la Cour de cassation refuse d'en prononcer la nullité ou l'abrogation de principe[10], elle s'assure néanmoins – qu'à l'avenir – la situation ne se reproduise plus, et à partir de 1814 opère progressivement la soumission des ordonnances royales aux lois. Comme le montre Grégoire Bigot, ce contrôle conduit les juges judiciaires – aidés dans leur démarche par la doctrine de l'époque[11] – à dégager les contours des domaines de la loi et du règlement ; en 1827, la Cour royale de Paris refuse d'appliquer une ordonnance édictant des dispositions pénales[12], en juillet 1830 le tribunal de commerce de Paris déclare inconstitutionnelle l'une des quatre ordonnances de Charles X interdisant la liberté de la presse[13] ; à la faveur du libéralisme des années 1830, la jurisprudence progresse encore sous Louis-Philippe : les tribunaux judiciaires confirment que ni les peines, ni les impôts ne peuvent être établis par ordonnance[14], et n'hésitent plus désormais à déclarer

---

[6] DURAND, C., « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », *in :* DURAND, C., LANZA, A., *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle,* Aix-en-Provence : PUAM, 1976, 416 pages, spéc. p.5-249.

[7] *ibid.,* chapitre 6, p.211-226

[8] *ibid,* v. respectivement p.141 et s., p.177 et s., p.109 et s., et pour le droit des pays annexés, p.95 et s.

[9] Sur cette question, v. DURAND, C., « Les décrets-lois napoléoniens devant la jurisprudence de la Restauration », *Etudes Jean Macqueron,* Aix-en-Provence, 1970, 700 pages, spéc. p.269-777 ; v. aussi BIGOT, G., *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : vicissitudes d'une ambition, 1800-1872,* Paris : LGDJ, 1999, 516 pages, spéc. p.90-106, p.175-190 et p.201-223 ; v. encore STECK, O., *op. cit.,* p.30-34

[10] Cass., crim., 27 mai 1819, *Lecabec et Letanef, S.* 1819.I.347 ; Cass., crim., 3 février 1820, *La direction des contributions indirectes c. Potelle, S.,* 1820.I.185 ; Cass., crim., 26 avril 1828, *Ministère public c. Cheminel, S.* 1828.I.333. Sur ces jurisprudences, v. BIGOT, G., *op. cit.,* p.181-184

[11] v., par exemple, ISAMBERT, F.-A., *op. cit.,* 1821

[12] Cour royale de Paris, ch. cor., 4 décembre 1827, *S.* 1833.II.599 (cité par BIGOT, G., *op. cit.,* p.185)

[13] Tribunal de commerce de Paris, 28 juillet 1830, *Laplouze et Chatelain c. Laguionie, S.* 1830.II.223 (cité par BIGOT, G., *op. cit.,* p.189)

[14] Cass., crim., 28 mai 1842, *Ministère public c. Letellier et Leforestier, S.* 1842.I.855 ; Cour royale de Rennes, ch. cor., 30 août 1837, *Lemarchand c. Picaut, S.* 1837.II.789 ; Tribunal de Charleville, 28 janvier 1843, *Ministère public c. Cochard, S.* 1843.II.265 (cités par BIGOT, G., *op. cit.,* p.205)

contraires à la constitution les anciens décrets impériaux intervenus en ces matières[15]. De cette lignée jurisprudentielle, qui ne cessera de s'affirmer au XIXe siècle, Grégoire Bigot conclut que la Cour de cassation s'impose comme un *« contre-pouvoir libéral »*[16], ce que relevait déjà Jean-Baptiste Sirey en 1832[17]. En protégeant ainsi le domaine de la loi[18], le juge judiciaire s'érige non seulement en véritable protecteur des libertés individuelles face au Conseil d'Etat, mais permet surtout à la bourgeoisie, majoritaire dans les chambres, d'asseoir sa politique libérale face aux velléités conservatrices de l'Exécutif.

889. 2° La conception gouvernementale. Mais la détermination matérielle des domaines de la loi et du règlement procède également d'une conception *gouvernementale.* Ici, le critère matériel est pensé comme un outil de rationalisation des domaines législatif et réglementaire, dans l'objectif de clarifier le régime de la modification des actes après une période de confusion fonctionnelle. Le critère matériel n'est plus, comme dans l'hypothèse précédente, un soutien au critère organique et formel, il devient un moyen d'y faire obstacle. Il permet, en particulier, de s'opposer aux immixtions indues de la loi (ou des actes assimilés) dans le domaine supposément règlementaire, en autorisant l'Exécutif à modifier des actes *formellement* législatifs, considérés comme *matériellement* réglementaires. Apparaît ici l'idée de « déformalisation », ou « délégalisation », qui trouvera une expression constitutionnelle à l'article 37 alinéa 2 de la Constitution de 1958. Cette conception gouvernementale du critère matériel n'est d'ailleurs pas nécessairement incompatible avec la conception libérale ; elle adosse le régime de la modification des actes à leur matière plutôt qu'à leur forme, sans pour autant abandonner l'inspiration libérale du domaine de la loi. Elle autorise seulement la régulation, par la voie réglementaire, des matières non réservées à la loi.

890. Cette idée est évidemment avancée, sous le Consulat et l'Empire, par les légistes napoléoniens soucieux de trouver un fondement à la modification par décret de nombreuses lois adoptées par l'Assemblée Constituante et la Convention, entre 1789 et 1799[19]. Elle est défendue par Roederer en l'an VIII[20], suivi par la majorité des jurisconsultes de la période –

---

[15] Cass., crim., 29 juin 1832, *Geoffroy, S.* 1832.I.401 à 429 ; Tribunal civil de Tarascon, 1er février 1833, *Les israélites de Tarascon, S.* 1833.II.174 (cités par BIGOT, G., *op. cit.,* p.214-216)

[16] BIGOT, G., *op. cit.,* p.216

[17] *« En replaçant, (...) le gouvernement dans les voies de la Chartes et de la légalité, la Cour de cassation a rendu, nous le pensons, un immense service au trône et à la liberté. »* (*S.* 1832.I.401 cité par BIGOT, G., p.216)

[18] v., STECK, O., *op. cit.,* p.275 et s.

[19] v., sur cette question, DURAND, C., « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », *op. cit.,* p.36-48 et p.238-247 ; v. aussi MESTRE, J.-L., « De l'ancien sur l'article 37 alinéa 2 de la Constitution », *RFDA,* 2001, p.301-318

[20] *« Lorsque le droit de faire des règlements était uni à celui de faire la loi, il a pu arriver souvent que l'on nommait la* loi *ce qui n'était en effet qu'un règlement ; et si, à cause du nom qu'ils portent, on interdisait au*

comme Merlin de Douai[21] – et, à en croire Charles Durand, par Napoléon lui-même[22]. Face aux *« tumultes »*[23] et discontinuités du droit constitutionnel du XIXe siècle, cette conception matérielle des domaines de la loi et du règlement conserve un intérêt jusqu'au début de la IIIe République[24]. A la Restauration et sous la Monarchie de Juillet, cette théorie de la déformalisation des actes matériellement réglementaires est bientôt consacrée par la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative[25]. Le critère matériel demeure utile, après 1870, à la réception des actes de Napoléon III et du gouvernement de la Défense nationale dans le nouvel ordre juridique républicain[26].

891. Avec l'enracinement de la République parlementaire, et l'affirmation d'un nouveau constitutionnalisme républicain bâti autour de la suprématie de la loi, il faut avouer que cette conception gouvernementale de la détermination matérielle des domaines législatif et réglementaire devient progressivement inadmissible ; et la théorie de la déformalisation est abandonnée, tant par la jurisprudence que par la doctrine[27]. En 1944-1945, la réception de l'ordre juridique de Vichy et de la France Libre dans le nouvel ordre républicain eût

---

Gouvernement le droit d'abroger, de modifier, de conserver ces règlements, il s'en suivrait que le droit que la Constitution lui donne de faire des règlements serait illusoire. » (Archives parlementaires, I, p.220, cité par DURAND, C., *op. cit.,* p.40)

[21] *« La Convention nationale réunissait tous les pouvoirs et les exerçait tous. Elle donnait toujours le même nom aux actes qui émanaient d'elle, quoiqu'ils fussent de nature différente ; et ainsi, sous le nom de loi, se sont trouvés nécessairement compris les lois proprement dites, les règlements, les arrêtés. L'habitude qu'on avait alors de voir une décision de la Convention intervenir sur un objet quelconque, faisait croire que cet objet était de la compétence de l'autorité législative, quoiqu'elle cumulât tous les pouvoirs. (...) Mais on s'est trompé. (...) »* (MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence,* Tome VII, 4e éd., Versailles : J.-P. Jacob, 1813, 806 pages, spéc. p.524, col. 2, cité par MESTRE, J.-L., *art. cit.*)

[22] DURAND, C., *op. cit.,* p.238

[23] PLESSIX, B., *Droit administratif général, op. cit.,* p.723

[24] v. MESTRE, J.-L., « De l'ancien sur l'article 37 alinéa 2 de la Constitution », *art. cit.,* et MESTRE, J.-L., « Encore de l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958 », *in : Droit, politique et littérature : mélanges en l'honneur de Yves Guchet,* Bruxelles : Bruylant, 645 pages, p.123-135

[25] v. la jurisprudence citée par MESTRE, J.-L., *art. cit.* ; v., en particulier un arrêt de la Cour royale de Nancy, daté du 26 juillet 1827, (*S.* 1829.I.172) On y lit : *« cons. qu'il faut admettre ce principe conservateur, qu'une loi justement qualifiée comme telle ne peut pas être modifiée par une simple ordonnance ; que néanmoins il faut en même temps reconnaître que ce principe, facile à appliquer relativement aux lois promulguées depuis la Charte, qui a soigneusement séparé le pouvoir législatif de tous les autres, devient d'une application bien différente, quand il s'agit de porter ses regards sur les lois émanées des gouvernements antérieurs à la restauration ; qu'en effet, on ne peut se dissimuler que l'arbitraire ayant, à diverses époques de la Révolution, confondu les pouvoirs en leur laissant des noms fictifs, il en est résulté, sous la Convention, par exemple, que les simples arrêtés et des décrets d'administration confondus avec les lois, ont été rendus sous la forme législative ; de même, plus tard, le chef de l'ancien gouvernement se plaisait, pour masquer sa toute-puissance sous des formes extérieures constitutionnelles, à faire décorer du nom de loi ce qui n'était que l'expression de sa seule volonté, et par suite à introduire quelques fois dans les lois de véritables décrets ou des dispositions purement réglementaires ;* ***que de cette confusion générale, il naît aujourd'hui la nécessité, sans s'attacher trop servilement à l'intitulé des lois et décrets, ni à la forme dont ils ont été revêtus, de distinguer, à l'aide de nos principes de droit public actuel, quelles sont leurs dispositions réellement législatives, et quelles sont aussi celles réglementaires.*** *»* (on souligne en gras)

[26] v., STECK, O., *op. cit.,* p.34-41.

[27] v. MESTRE, J.-L., « De l'ancien sur l'article 37 alinéa 2 de la Constitution », *art. cit.*

néanmoins pu lui redonner une actualité. Le 31 octobre 1945, René Cassin dans une note qu'il adresse – au nom du Conseil d'Etat – au Gouvernement provisoire souligne l'utilité qu'il y aurait à faire adopter un projet de loi habilitant le Gouvernement à déformaliser les dispositions matériellement réglementaires contenues dans les actes « dit lois » de Vichy ou les ordonnances de la France Libre[28]. Le Conseil d'Etat refuse cependant d'opérer ce reclassement de façon prétorienne[29]. Ces exemples – s'ils témoignent de l'utilité du critère matériel pour l'histoire constitutionnelle – prouvent *a contrario*, qu'à partir de la fin du XIXe siècle, la conception organique et formelle s'impose durablement comme critère de la détermination du régime des actes juridiques.

892. Ces considérations historiques et idéologiques permettent de comprendre pourquoi le critère matériel retrouve un intérêt au milieu du XXe siècle. Le « parlementarisme absolu » et les effets de la supériorité formelle des lois conduisent *de facto,* sinon *de jure*, à l'omnipotence des Chambres, devenues paradoxalement complètement impuissantes pour surmonter les crises. Sauf à recourir aux décrets-lois, seule une rationalisation matérielle des activités de législation paraît susceptible de rétablir la « force de gouverner » (N. Roussellier). *« Que de fois n'a-t-on souhaité,* reconnaît l'ancien sénateur Léo Hamon en 1960, *que le Parlement réserve à quelques domaines son action législative, et que son activité se contienne dans certaines limites ! »*[30] C'est donc, en premier lieu, d'une conception *gouvernementale* que procède le retour en force du critère matériel au XXe siècle. Seulement, dans le cadre du constitutionnalisme républicain, cette inspiration gouvernementale de la détermination des domaines de la loi et du règlement n'est acceptable qu'à condition d'être adossée à une conception *libérale.* Il existe donc, entre 1914 et 1958, une dialectique entre ces deux conceptions du critère matériel à l'origine du système normatif de la Constitution de la Ve République : il a fallu, d'une part, consacrer une *réserve de loi* en certaines matières, dont

---

[28] *Cf.* Annexe n°4. « Note sur la délégation de compétence à conférer par l'Assemblée au Gouvernement pendant la période constituante, en matière législative », note dactylographiée datée du 31 octobre 1945, 5 pages numérotées (Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, Fonds privé René Cassin – AN 382 AP 75, Note sur les problèmes constitutionnels, 1945-1946).

[29] Ainsi Emmanuel Cartier relève-t-il que *« le Conseil d'Etat, fidèle interprète de la légalité républicaine ainsi rétablie, confirme cette conception substantielle de la loi sans pour autant s'autoriser à requalifier les normes soumises à son examen lorsque celles-ci interviennent dans un domaine différent. (…) Le Conseil d'Etat respecte la forme originelle des normes du GPRF, comme celle sous laquelle les actes de Vichy sont validés, provisoirement ou définitivement, quel que soit leur domaine. »* (CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.401) v. en particulier, CE, 3 janvier 1945, *Vincent, S.* 1945.III.65 ; *Gaz. Pal.* 1945.I.67 ; CE, 22 février 1946, *Botton,* Rec. p.58, *S.* 1949.III.56, note P.H. ; CE, Ass., 4 mars 1949, *Sieur Pouquet,* Rec. p.108

[30] HAMON, L., « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.,* 1960, p.253-260, spéc. p.253

l'inspiration libérale permettait de donner sa légitimité à la sphère d'action de l'Exécutif dans les autres matières (section 1) ; il a fallu, d'autre part, protéger cette sphère d'action des immixtions indues du législateur, c'est-à-dire consacrer une *réserve réglementaire* (section 2). Ce double mouvement, fruit d'un dialogue entre science et politique, n'est évidemment ni lisse, ni sans accroc.

SECTION 1 :
LA FORMALISATION PROGRESSIVE D'UNE RESERVE DE LOI

893. Il peut paraître étonnant de présenter la formalisation progressive d'une réserve de loi comme la condition de l'émancipation du pouvoir réglementaire. Les deux dimensions sont pourtant étroitement reliées, car l'affirmation de l'existence de matières *réservées* à la loi rend possible d'envisager l'existence de matières *non réservées*, laissées ouvertes à la compétence régulatrice de l'Exécutif. D'inspiration libérale (§1), l'idée d'un domaine réservé à la loi a donc une portée profondément gouvernementale (§2).

§1. L'inspiration libérale de la réserve de loi

894. L'idée d'une réserve domaniale repose sur l'hypothèse qu'il existe, ou devrait exister, une connexion entre la *forme* d'un acte et la *matière* régulée. Or, il est évident, qu'en démocratie, le contenu de la loi se déduit du principe d'autonomie de la volonté qui impose de laisser à la délibération parlementaire la détermination des obligations que s'imposent les citoyens[31]. L'essence du domaine de la loi est donc, en régime démocratique, d'inspiration nécessairement *libérale.* L'idée qu'il existerait des matières législatives est donc parfaitement compatible avec l'individualisme républicain[32] et explique la progression du critère matériel dans la République parlementaire. Si la doctrine et la jurisprudence ont progressivement dégagé les contours et le contenu du domaine de la loi (A), il demeure difficile, en l'absence de contrôle de constitutionnalité, d'en assurer la protection (B).

A- DE LA CONCEPTUALISATION A L'ENUMERATION DES MATIERES LEGISLATIVES

895. Si elle figure au cœur des débats, et des controverses, qui entourent la rédaction du texte constitutionnel du 4 octobre 1958, la définition du domaine de loi est le résultat d'une

[31] v. introduction générale, n°30 s. v. encore, CAPITANT, R., *Principes du droit public, 1952-1953, op. cit.,* p.218 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.53-54
[32] BERSTEIN, S., « La culture républicaine dans la première moitié du XXe siècle », *art. cit.,* p.160

construction doctrinale et jurisprudentielle ancienne. La détermination du critère de la matérialité législative (1), permet bientôt à la doctrine et la jurisprudence d'identifier le contenu des matières réservées à la loi (2).

1) Le critère de la matérialité législative

896. La conception matérielle de la loi irrigue progressivement le droit public moderne. Théorisée en Allemagne à la faveur de la monarchie limitée (a), elle trouve un certain écho en France face à la montée en puissance du pouvoir réglementaire au début du XXe siècle (b).

a) Les théories allemandes : Laband, Jellinek et Mayer

897. On doit à la doctrine allemande de la fin du XIXe siècle les premières réflexions modernes sur le critère de la matérialité législative. Ces réflexions émergent dans le cadre d'un débat *politique* propre à la monarchie limitée ; elles s'inscrivent incontestablement, rappelle Jérôme Trémeau, *« dans la perspective de la lutte pour le pouvoir entre les composantes aristocratique et bourgeoise de la société. »*[33] Dans ce contexte, la réserve de loi apparaît comme la conquête *parlementaire* (et donc bourgeoise) d'une partie des fonctions de législation auparavant détenues par le seul souverain. La montée en puissance de la légitimité démocratique, incarnée par le Parlement, au détriment de la légitimité monarchique, incarnée par l'Exécutif, se traduit par l'accroissement des velléités parlementaires et la revendication d'un domaine *réservé* à la compétence *exclusive* de la loi formelle. Le débat s'était déjà posé, en France, à l'occasion de l'élaboration de la Constitution de 1791 lorsqu'il avait été décidé de soustraire certaines matières (notamment les impôts) au veto royal[34]. Sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, il est relayé par les tribunaux judiciaires qui – dans le cadre des Chartes – soustraient progressivement certaines matières aux ordonnances royales (*cf. supra*, n°888). Outre-Rhin, la question se pose dans de nombreuses monarchies allemandes, particulièrement en Prusse[35], et bientôt, dans le cadre de l'Empire. D'un point de vue juridique, le conflit qui oppose la légitimité du Parlement à la légitimité du monarque se résout, non sur un plan hiérarchique, mais sur un plan horizontal par la *coordination* des domaines de législation primaire des deux organes. En Allemagne, et contrairement au cas

[33] TREMEAU, J., *La réserve de loi, op. cit.,* p.22 ; v. aussi, HUMMEL, J., *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée,* Paris : PUF, 351 pages, spéc. p.121-123

[34] v., sur ce point, MORABITO, M., *op. cit.,* p.81

[35] Le conflit budgétaire prussien de 1862 témoigne de cette tension entre le Parlement et le roi Guillaume Ier dans la détermination de leurs compétences respectives. Sur cet épisode, v. JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918),* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2005, 364 pages, spéc. p.265 et s.

français, la montée en puissance du Parlement *limite* la compétence du monarque, mais ne l'absorbe pas. Là réside l'intérêt de la détermination des matières réservées à la loi parlementaire et celles laissées à la disposition du roi : quelles devront-être les objets désormais soustraits aux compétences du monarque ? Ces considérations expliquent pourquoi la réflexion sur la réserve de loi s'est d'abord posée dans le cadre de la monarchie limitée de type allemand. Dans le silence des constitutions, la doctrine s'est attachée à identifier le critère de la matérialité législative, c'est-à-dire celui des matières exclues de l'initiative libre et spontanée du monarque.

898. Paul Laband théorise, parmi les premiers, le concept de loi *matérielle*, qu'il oppose au concept de loi *formelle*. Si, au sens formel, la loi demeure un *« acte émanant de la volonté de l'Etat, pour lequel l'assentiment de la représentation nationale est indispensable »*[36], au sens matériel, la loi est *« l'acte juridique qui établit une règle de droit »*[37] (*Rechtsgesetz*), dont l'objet consiste, par définition, *« à limiter les droits et les devoirs mutuels des individus »*[38]. Chez Laband, la loi matérielle (la loi en son sens véritable) affecte nécessairement la sphère de capacité juridique des personnes ; elle est cette règle objective qui détermine la puissance de volonté reconnue à l'individu, c'est-à-dire – comme l'a récemment montré Olivier Jouanjan – qui *code* le Droit en son sens subjectif[39]. Les règles qui, à l'inverse, ne limitent, ne dirigent, ou n'affectent pas la volonté des personnes demeurent *matériellement* administratives. Elles ne sont pas véritablement des lois, mais de simples « formes législatives ». Il en résulte, chez Laband, la possibilité d'un *hiatus* entre la loi matérielle et la loi formelle ; celles des lois formelles qui ne produiraient aucun effet dans la sphère de capacité des citoyens, c'est-à-dire qui ne lui accorderaient ou n'enlèveraient rien, ou ne lui ordonneraient ou n'interdiraient rien (par exemple, celles autorisant un emprunt ou imposant la construction d'un canal), auraient le caractère de dispositions *matériellement administratives* (*Verwaltungsgesetze*)[40]. A l'inverse, les actes de l'Exécutif (les ordonnances) qui, par extraordinaire, produiraient des effets au dehors de l'appareil administratif, acquerraient le caractère de *lois matérielles* (*Rechtsverordnungen*)[41]. (*cf. infra,* n°940 s.). Georg Jellinek partage largement cette conception de la matérialité législative et admet,

---

[36] LABAND, P., *Le droit public de l'Empire allemand,* t.2, *op. cit.,* p.342 et s. §.56, spéc. p.344
[37] *ibid.,* p.261
[38] *ibid.,* p.518
[39] JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918), op. cit.,* p.267
[40] LABAND, P., *Le droit public de l'Empire allemand,* t.2, *op. cit.,* p.517
[41] Pour une présentation critique de ces théories, v. CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.300 et s. ; et CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit.*

comme Laband, la possibilité d'un décalage entre la loi au sens formel et la loi au sens matériel[42]. Si Otto Mayer admet, comme ses deux collègues, que *« la législation suppose toujours la création d'une règle de droit »*[43], il rejette l'idée qu'existeraient des lois matérielles ; car la loi se définit toujours par sa force spéciale, laquelle n'est jamais indépendante de son contenu. Le pouvoir législatif est donc celui qui, par sa force, est non seulement placé au-dessus de toute autre activité de l'Etat (c'est la *« force formelle »*[44] ou la *« préférence »* de loi), mais peut surtout intervenir dans la sphère de *matières réservées* à cette force spéciale (la *« réserve de loi »*[45]). Pour Otto Mayer, seule la loi peut ainsi porter atteinte à la liberté ou à la propriété.

b) Les conceptions françaises : la portée statutaire de la règle législative

899. En France, le constitutionnalisme républicain modifie les termes du débat ; au début du XXe siècle, la question des rapports entre la loi et le règlement se pose moins en termes de coordination que de *hiérarchie.* En effet, l'enjeu n'est pas tant de *limiter* les pouvoirs de l'Exécutif en certaines matières, que d'assurer sa *subordination* en toutes matières. La conception de la loi se pose donc en termes différents ; l'Etat de droit s'enracine par le contrôle de légalité du juge administratif, davantage que par l'autolimitation du pouvoir de l'Etat, qu'assurerait la séparation des pouvoirs et la détermination du domaine de la loi[46]. La doctrine française récuse ainsi l'idée de l'assimilation de la loi et du Droit ; Carré de Malberg, Duguit et Hauriou s'entendent sur ce point[47] et reconnaissent au règlement le pouvoir de créer du droit objectif, sinon de toucher aux droits subjectifs des individus. En France, donc, la protection des droits individuels passe moins par la délimitation des domaines législatif et réglementaire que par la soumission progressive de tous les règlements au recours pour excès de pouvoir, ce dont témoigne l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au tournant des XIXe et XXe siècles (*cf. supra,* introduction générale, n°50 s.).

---

[42] *« si une loi a pour objet direct de délimiter la sphère de libre activité des personnes dans leurs rapports mutuels, elle contient ainsi une règle de droit et par suite elle est une loi matérielle : sinon elle n'est qu'une loi formelle. »* (JELLINEK, G., *Gesetz und Verordnung,* Freiburg : Mohr Siebeck Verlag, 1887, 412 pages, spéc. p.215, traduit par CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.301

[43] MAYER, O., *Le droit administratif allemand,* t.1, *op. cit.,* p.5

[44] *ibid.,* p.88-96, spéc. p.89

[45] *ibid.,* p.92

[46] v., REDOR, M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit, op. cit.* ; v. aussi, HEUSCHLING, L., « Etat de droit », *in :* CADIET, L., (dir.), *Dictionnaire de la justice,* Paris : PUF, 2004, 1362 pages, spéc. p.455-461

[47] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.300-326 ; CARRE DE MALBERG, R., *La loi expression de la volonté générale, op. cit.,* p.6-14 ; CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation…, op. cit.,* p.8-13 ; DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel,* 2e éd., t.2, *op. cit.,* p.195 ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.565

900. Est-ce à dire que la conception française de la loi exclut toute considération matérielle ? La doctrine ne l'a jamais pensé ; ceci est particulièrement vrai aux yeux d'un jusnaturaliste, comme Maurice Hauriou, qui considère qu'il existe un *« domaine naturel »* [48] de la fonction législative, c'est-à-dire des besoins (ou objets) mieux satisfaits par le pouvoir délibérant que par le pouvoir exécutif. *« [L]a nature de la loi entraîne logiquement un certain domaine de la loi parce que la loi, à raison de son esprit, devient la garantie suprême des libertés qui sont les plus importants des droits acquis. »*[49] Cela signifie que la *nature* du pouvoir délibérant, son *modus operandi* (représentativité, discussion et délibération répétées dans deux assemblées, publicité etc.), et la stabilité des règles ainsi générées, déterminent le domaine *naturel* de la fonction législative. Ainsi, pour Hauriou, le pouvoir délibérant satisfait mieux qu'aucun autre pouvoir public la protection des intérêts individuels des membres de l'institution étatique[50] ; de son point de vue, si le domaine de la loi ne se confond plus exclusivement avec celui du *« droit statutaire »* [51] de l'institution étatique – comme il l'entendait dans ses *Principes de droit public* (*cf.* supra, n°516 s.) – il demeure à ses yeux celui dont *« toute condition nouvelle imposée à l'exercice d'une liberté et toute organisation de l'Etat importante pour la garantie d'une liberté »*[52] doit dépendre.

901. En dépit des apparences, la conception substantielle de la loi trouve aussi des résonances dans la pensée positiviste de Carré de Malberg, pourtant héraut de la conception organique et formelle. *« Il ne faut pas conclure,* écrit-il, *qu'actuellement la notion de loi, tout formelle et exclusivement formelle qu'elle soit devenue, demeure dépourvue de toute base foncière et rationnelle. »*[53] Le maître de Strasbourg reconnaît, comme Hauriou, que le *« trait distinctif du droit législatif, est d'être* un droit statutaire. *»*[54] Il y aurait donc une *« essence de la loi »* [55]*,* dont découlerait sa supériorité, et dont le fondement dépendrait de son origine

---

[48] On rappelle qu'Hauriou distingue les *pouvoirs* (qui sont des « formes de volonté »), les *fonctions* (qui sont des « besoins à satisfaire », donc les « objets » sur lesquels s'exercent ces volontés) et les *organes*. Or, pour Hauriou, *« les constitutions nationales ne contiennent que des délégations formelles du pouvoir ».* Elles ne déterminent *qu'indirectement* les fonctions, lesquelles existent indépendamment d'elles et disposent d'un *« domaine naturel »*. (HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.261-263, spéc. p.263 ; et p.347 et s.)

[49] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.566

[50] *« Les droits subjectifs consacrés par les lois seront plus stables, plus acquis, plus définitifs que ceux consacrés par un simple règlement. »* (*ibid.,* p.565)

[51] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., 1916, *op. cit.,* p.136

[52] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., *op. cit.,* p.566

[53] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.54

[54] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.337 : *« Le grand mérite [d'Hauriou] est d'avoir mis en lumière ce fait que la nature de la loi, tout en étant une conséquence de la force formelle de la loi, constitue aussi un élément important de sa définition matérielle. »* (p.338)

[55] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.54. Il ajoute : *« Si la forme législative est la source unique des supériorités (...), c'est pour une raison d'ordre foncier. »*

organique. Il y a donc bien, chez Carré de Malberg aussi, une connexion entre la *forme* législative et la *nature intrinsèque* de la loi. Pour les deux auteurs, le critère de la matérialité législative réside donc dans la *portée statutaire* – durable, sinon permanente – du droit ainsi créé par la voie de la délibération parlementaire. Restent à identifier le contenu et l'étendue de ces matières à vocation législative.

2) L'identification des matières législatives

902. L'expansion considérable du pouvoir réglementaire dans la première moitié du XXe siècle (a) conduit progressivement la doctrine et à la jurisprudence (c) à déterminer les sources (b) et identifier le contenu (d) du domaine de la réserve de loi.

a) Les causes : endiguer l'extension illimitée du pouvoir réglementaire

903. Alors qu'en 1931, Carré de Malberg considère que la théorie des lois matérielles *« a fait son temps »*[56] – comme *« survivance d'idées périmées »*[57] issues des théories allemandes de la monarchie limitée – il faut bien reconnaître que c'est pourtant à cette époque que le critère matériel retrouve une actualité en droit français. Entre 1870 et 1914, en effet, la question du domaine de la loi n'était pas, contrairement aux monarchies allemandes, l'enjeu de l'enracinement de la République parlementaire. Celui-ci exigeait plutôt d'assurer la soumission de tous les règlements à la loi (*cf. supra,* introduction générale, n°50 s.), c'est-à-dire d'asseoir la primauté de la loi *en toutes matières*. Lorsque est finalement acquise la subordination de l'Exécutif – qui ne constitue ainsi plus une menace pour les libertés[58] –, rien ne justifie réellement d'identifier un domaine exclu de l'initiative réglementaire ; les domaines de la loi et du règlement se confondent, pourvu que le règlement intervienne toujours *secundum* et *infra legem.* Comme le souligne Marie-Joëlle Redor, à cette époque donc, *« une tendance s'affirme pour critiquer l'idée d'un domaine législatif par nature »*[59], ce dont témoignent les propos de Carré de Malberg mentionnés au début du paragraphe. Le domaine de la loi, c'est celui de la règle initiale et primaire. Celui du règlement, de la règle secondaire et dérivée. Dans cet idéal, la répartition des domaines est purement hiérarchique.

904. Mais, si la détermination d'une réserve de loi n'est pas l'enjeu de l'enracinement de la République parlementaire, elle devient progressivement l'enjeu de la réforme du système

[56] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.55
[57] *ibid.,* p.56
[58] v. REDOR, M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit…, op. cit.,* p.127-128
[59] *ibid.,* p.144

parlementaire. En effet, l'absence de détermination des domaines a pour conséquence perverse de permettre l'expansion considérable du pouvoir réglementaire (souvent par RAP) en toutes matières, sous couvert d'une habilitation législative parfois très lâche. Ce phénomène est mis en évidence par de nombreux auteurs dès les tournants des XIXe et XXe siècles, en particulier Georges Graux et Henry Berthélemy[60]. C'est donc la doctrine républicaine *positiviste* et *orthodoxe* qui – paradoxalement – réintroduit le critère matériel dans la définition de la loi, pour endiguer l'expansion illimitée du pouvoir réglementaire ; car le jeu des habilitations législatives aboutissait au même résultat – et à la même menace pour les libertés individuelles – que l'exercice d'un pouvoir réglementaire autonome. *« [P]lus le nombre de décrets s'accroît,* écrit Berthélemy, *plus il devient indispensable de préciser les conditions de leur légalité, plus il devient nécessaire de fixer exactement les bornes assignées en cette matière au pouvoir exécutif (...) »*[61]. Pensée en Allemagne comme une protection du domaine *horizontal* de la loi, la réserve de loi est réceptionnée en France comme une protection du domaine *vertical* de la loi ; c'est-à-dire comme une limitation des facultés d'habilitation du législateur. Adhémar Esmein partage cette façon de penser et, en 1909, critique le raisonnement du commissaire du gouvernement Jacques Tardieu invitant le Conseil d'Etat à maintenir la théorie de la « délégation législative », non pour rejeter les recours, mais pour justifier les larges habilitations concédées à l'Exécutif en des matières qui *normalement* devraient lui échapper[62] (*cf. infra*, n°942). Pour Esmein, ce raisonnement, qui autorise une extension illimitée du pouvoir réglementaire en toutes matières sous couvert d'y être habilité, revient à faire survivre la théorie de la délégation[63].

905. En France, l'idée d'une réserve de loi est donc pensée, au début du XXe siècle, en réaction à l'expansion du pouvoir réglementaire par RAP. Au milieu du XXe siècle, elle se maintient – dans les mêmes conditions – en réaction aux lois de pleins-pouvoirs et aux virtualités potentiellement infinies qu'elles confèrent à l'Exécutif pour abroger la législation en vigueur (*cf. supra,* n°711 s.). L'avis du Conseil d'Etat du 6 février 1953 formalise cet héritage ; la réserve de loi qu'il consacre[64] apparaît bien comme une limitation des capacités

---

[60] GRAUX, G., « La loi et les règlements d'administration publique », *art. cit.,* ; BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *art. cit.*

[61] BERTHELEMY, H., *art. cit.,* p.6

[62] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.,* 5e éd., p.621

[63] *« pour en juger autrement,* écrit Esmein, *il faudrait admettre que le Président de la République a reçu de la Constitution un pouvoir réglementaire virtuellement indéfini, pouvant s'appliquer en principe à tous les objets (...). Un pareil pouvoir réglementaire serait un véritable pouvoir de légiférer, concurrent avec celui du pouvoir législatif et sommeillant seulement lorsque ce dernier est en action. »* (ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé, op. cit.,* 5e éd., p.621) (on souligne)

[64] Alinéa 4 de l'avis (reproduit en annexe n°18). Sur cet avis, *cf. supra,* n°680 s.

d'habilitation du Parlement. C'est donc, avant tout, d'une conception *libérale* que procède le retour en force de la réserve de loi au XXe siècle.

b) Les sources : une longue « tradition constitutionnelle » écrite ou non écrite

906. De nombreux textes de l'histoire constitutionnelle française entreprennent une détermination des matières réservées à la loi (i). La valeur – juridique ou politique – de ces textes dans l'ordre constitutionnel de 1875 demeure cependant controversée (ii).

i) De nombreux jalons textuels dans l'histoire constitutionnelle

907. Si, les lois constitutionnelles de 1875 demeurent largement silencieuses sur les matières réservées à la loi[65], tous les textes constitutionnels depuis 1789 sans exception réservent un certain nombre de matières à la compétence exclusive du législateur ; c'est ce que plus tard, dans son avis du 6 février 1953, le Conseil d'Etat qualifiera de *« tradition constitutionnelle »*. Parmi eux, il faut évidemment mentionner la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 qui fait des lois les *bornes* de la liberté[66], ainsi que la Constitution 1791 qui *« délègue exclusivement »* au Corps législatif une série de *pouvoirs* et *fonctions* (Titre III, Chapitre 3, Section 1ère, art.1), parmi lesquels la fixation des dépenses publiques (2°), l'établissement des contributions publiques (3°) ou le régime de la monnaie (4°). On sait également, (*cf. supra,* n°888) que c'est sur le fondement de plusieurs dispositions des Chartes de 1814 et 1830[67] que le juge judiciaire a pu s'ériger, sous la Restauration et la Monarchie de Juillet, en gardien des libertés individuelles en protégeant le domaine de la loi en matières *pénale* et *fiscale.* Les constitutions impériales, de l'an VIII et de 1852, n'ont pas moins réservé certaines matières à la loi[68], laissées *de facto* ouvertes à la compétence réglementaire par la pratique institutionnelle largement favorable à l'Empereur. Quant aux constitutions républicaines de 1795 et 1848, très prolixes sur le contenu des matières

[65] Tout au plus réservent-elles à la loi la matière électorale (loi du 25 février, art. 1er) ; les amnisties (loi du 16 juillet, art. 3) ; les cessions de territoires (loi du 16 juillet, art. 3), la procédure à suivre devant la Haute-Cour (loi du 16 juillet, art. 12)

[66] v. art. 4 : *« ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi »* ; art. 7 : *« nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi (...) » ;* art. 11 : *« tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi »,* etc. ;

[67] Art. 4 des Chartes de 1814 et 1830 : *« personne ne [peut] être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit »* ; art. 48 de la Charte de 1814 / art. 40 de la Charte de 1830 : *« Aucun impôt ne peut être établi ni perçu, s'il n'a été consenti par les deux Chambres et sanctionné par le roi. »*

[68] v., par exemple, les articles 61 et 81 de la Constitution de l'an VIII ; v. encore art. 39 de la Constitution de 1852 : *« Le Corps législatif discute et vote les projets de loi et l'impôt. »* ; ou art. 57 : *« Une loi déterminera l'organisation municipale. »*

réservées la loi[69], elles excluent désormais l'hypothèse – comme l'avait déjà consacrée la Charte de 1830 – que le pouvoir réglementaire ne puisse intervenir qu'autrement que pour assurer l'exécution des lois[70].

908. La matière coloniale offre aussi l'exemple de nombreux textes qui établissent un partage des matières réservées à la compétence du législateur et celles laissées à la compétence du pouvoir réglementaire. En ce domaine, comme l'expliquent Louis Rolland et Pierre Lampué, *« dans leur majorité, les membres des assemblées législatives sont peu au courant des questions coloniales. (...) Le pouvoir exécutif est mieux informé ; il agit avec plus de souplesse et plus rapidement. »*[71] La détermination des matières réservées à la loi permet donc de satisfaire aux exigences *gouvernementales,* sans renoncer aux principes *libéraux.* Ainsi, la loi du 24 avril 1833, concernant le régime législatif des colonies, énumère-t-elle à l'article 2, le domaine réservé à l'action du pouvoir législatif du royaume[72]. Plus tard, le *sénatus-consulte* du 3 mai 1854 réitère cette façon de procéder et établit, selon les groupes de colonies, un nouveau partage des matières entre celles réservées à la compétence du Sénat, ou réservées à la compétence du Corps législatif, et celles laissées à la compétence réglementaire de l'Empereur[73]. L'article 72, alinéa 1er, de la Constitution du 27 octobre 1946 consacre ce procédé s'agissant du régime législatif des TOM, dans le cadre de l'Union française. (*cf. supra,* n°335 s.). Il est donc faux de penser qu'aucun texte, avant la Constitution de 1958, n'établit l'existence d'une réserve de loi ; le critère matériel apparaît au contraire comme une constante de l'histoire constitutionnelle française.

ii) La valeur de ces textes dans l'ordre constitutionnel de 1875 : abrogation, coutume ou principes ?

909. Depuis la Révolution française, de nombreux textes constitutionnels consacrent donc l'existence de matières réservées à la loi. Quelle valeur faut-il leur accorder dans l'ordre constitutionnel de 1875 ? La doctrine et la jurisprudence sont partagées sur le sujet. Tous s'entendent sur l'idée que la *Déclaration des droits* de 1789 apparaît comme un *« patrimoine*

---

[69] v., la *Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen,* adossée au préambule de la Constitution de 1795, ainsi que les art. 48, 204, 212 et s., 238, 249 et s., 286, 290, 301, 335, 354, 356, 357, 369, 373 du corps du texte ; v. s'agissant de la Constitution de 1848, v. art. 9, 10, 27 et s., 65, 78, 83, 102, 106, 114

[70] v., art. 144 de la Constitution de 1795 ; art. 13 de la Charte de 1830 ; art. 49 de la Constitution de 1848

[71] ROLLAND, L., LAMPUE, P., *Précis de législation coloniale,* 3e éd., *op. cit.,* p.142

[72] Loi du 24 avril 1833 concernant le régime législatif des colonies. (reproduite *in :* DUVERGIER, J.-B., *op. cit.,* t.33, p.74 et s.)

[73] *Cf.* Annexe n°3

définitivement acquis au peuple français »[74], selon les mots d'Adhémar Esmein. Au-delà de cette idéalisation politique, qu'en est-il de sa juridicité ?

910. Un premier groupe d'auteurs, comme Raymond Carré de Malberg ou Gaston Jèze, refuse l'idée que ces textes aient pu garder une quelconque valeur juridique, formelle ou coutumière, opposable au législateur[75]. Tout au plus, s'interroge-t-il sur l'hypothèse d'une *déconstitutionnalisation* des dispositions ainsi contenues dans les constitutions antérieures ; dans ce cas, *« les prescriptions, dont la survivance est ainsi reconnue, ne gardent que la valeur qui appartient aux dispositions des lois ordinaires »*[76]. Le Parlement de 1875 est ainsi maître d'y déroger ou de les abroger ; si donc elles s'imposent aux autorités administratives avec valeur législative[77], elles ne permettent pas d'endiguer les habilitations législatives et l'expansion potentiellement illimitée du pouvoir réglementaire qu'elles autorisent.

911. C'est pourquoi, un second groupe d'auteurs, considère que ces textes constitutionnels antérieurs à 1875 ont formé, par leur répétition, leur clarté et leur fréquence, une *coutume constitutionnelle* qui réserve certaines matières à la loi. Ainsi Léon Duguit considère qu'il est *« incontestable qu'il y a certaines matières qui, d'après le droit constitutionnel français reconnu unanimement depuis 1789, ne peuvent être réglées que par une loi formelle. »*[78] De son point de vue, l'abrogation de la Constitution de 1791 ne remet pas en cause l'idée de l'existence de ces principes de droit coutumier ; seule une pratique contraire pourrait y porter atteinte[79]. Ses disciples, Louis Rolland ou André de Laubadère, partagent cette façon de penser ; c'est de la coutume constitutionnelle que procède l'essentiel du domaine réservé à la loi[80]. Pour ces auteurs, il y aurait sans doute une *inconstitutionnalité* à habiliter l'Exécutif en ces matières (*cf. supra,* n°712 s.), mais en l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois, rien ne permet véritablement d'en assurer la sanction.

---

[74] ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel, op. cit.,* 1ère éd., p.388 ; v. encore, sur la valeur de la Déclaration des droits dans le constitutionnalisme républicain, NICOLET, C., *op. cit.,* p.349 et s.

[75] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.2, *op. cit.,* p.578-582, spéc. p.583, note 10 ; JEZE, G., « Valeur juridique des « Déclarations des droits » et des « Garanties des droits » », *RDP,* 1913, p.685-688

[76] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.2, *op. cit.,* p.578, note 7 ; v. aussi t.1, *op. cit.,* p.357, note 17

[77] JEZE, G., *op. cit.* et la jurisprudence citée.

[78] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., t.4, p.763-764

[79] DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *art. cit.,* p.327 et s.

[80] ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *art. cit.,* ; ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* ; LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* p.195

912. Le Conseil d'Etat préfère – dans son avis du 6 février 1953 – retenir l'idée d'une « *tradition constitutionnelle »*[81] réservant certaines matières à la loi, plutôt que celle de coutume. Incontestablement tournée vers le passé, la tradition résulte, selon les termes de l'avis, *« notamment du Préambule de la Constitution [de 1946] et de la Déclaration de 1789 ».* Contrairement à la coutume (tournée vers la pratique), la tradition n'est susceptible de souffrir d'aucune tradition contraire ; elle est purement idéelle. Elle permet donc de redonner une normativité constitutionnelle à des textes disparus, indépendamment des pratiques législatives aléatoires et attentatoires, au fil du XXe siècle, à la réserve ainsi considérée. Surtout, sa « texture ouverte » laisse au Conseil d'Etat l'entière maîtrise de la définition des matières réservées à la loi (*cf. infra,* n°920, note 114).

913. Un troisième groupe d'auteurs, antipositivistes, retient plutôt une conception « dilutionniste » des matières réservées à la loi. Pour Hauriou, par exemple, la Déclaration de 1789 – et les suivantes – n'ont qu'une valeur *recognitive* de la *« constitution sociale »*[82]*,* dont les libertés individuelles sont la base, et constitue une *« légitimité supérieure »* [83] à la Constitution positive elle-même[84]. (*cf. supra,* n°576 s.). René Cassin reconnaît encore, en 1947, que les principes de 1789 constituent les *« lois fondamentales du régime républicain »*[85] ; les matières réservées à la loi apparaissent ainsi comme des manifestations du droit *naturel*, ce que confirme la référence aux *« matières législatives par leur nature »* [86] dans un avis du 1er juillet 1952. Ici encore, le droit naturel permet de faire obstacle au droit positif et de fonder – en théorie – l'inhibition des habilitations législatives. La réserve de la loi semble alors ne procéder d'aucun autre fondement que des *principes généraux du droit*[87].

914. Sans qu'il soit besoin de trancher ici la question, ces controverses sur les fondements du domaine de la loi témoignent de l'importance qu'acquiert progressivement cette question dans le constitutionnalisme républicain de la première moitié du XXe siècle. Elles révèlent les mutations des représentations qui affectent progressivement les rapports entre la loi et le

---

[81] Alinéa 4 de l'avis (reproduit en Annexe n°18). Sur ce concept, v. VIMBERT, C., *op. cit.,* spéc. p.46 et s.

[82] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.XIII

[83] *ibid.,* p.339, 612 et 624 et s.

[84] *ibid.,* p.612 et 624 et s.

[85] CASSIN, R., « Introduction », *EDCE, art. cit.,* p.10

[86] CE, Sections réunies des finances et de l'intérieur, 1er juillet 1952, « Demande d'avis sur la question de savoir si un décret peut légalement rendre applicable aux actes commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'atlantique nord les dispositions réprimant les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat. », n°258393 : *« cons. que l'article 13 de la Constitution, en stipulant que l'Assemblée nationale vote seule la loi, interdit au Gouvernement de fixer désormais lui-même les principes essentiels applicables dans les matières législatives par leur nature ; »* [En ligne, sur *ConsiliaWeb*]

[87] v., en ce sens, JEANNEAU, B., *op. cit.,* p.64-65

règlement, et qui remettent en cause l'idéal de la supériorité exclusivement organique et formelle de la loi dans l'ordre constitutionnel de la IIIe République. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'éclairer les dispositions des textes antérieurs à 1875, de déterminer l'élément matériel de la coutume, ou les sources de la tradition constitutionnelle, voire d'identifier le contenu du droit naturel et des principes généraux du droit, c'est vers la doctrine et la jurisprudence qu'il faut se tourner.

c) Les interprètes : doctrine et jurisprudence

915. Le caractère largement épars et indéterminé, voire non formalisé, des sources du domaine de la loi avant 1875 confère évidemment un rôle déterminant à la doctrine (i) et à la jurisprudence (ii) dans l'identification du contenu de la réserve de loi.

i) Une controverse doctrinale : la réserve de loi existe-t-elle ?

916. La doctrine joue un rôle capital dans l'interprétation du domaine de la loi à partir de 1875. Mais les positions divergent tant sur l'existence que sur l'étendue de la réserve[88]. Ces controverses reflètent celles relatives à la valeur des sources du domaine de la loi ; les partisans de la caducité constitutionnelle des textes antérieurs à 1875, particulièrement de la Déclaration de 1789, adoptent évidemment une position minimaliste, voire négatrice, de la réserve de loi. Carré de Malberg est le représentant de cette façon de penser : *« [l]e domaine de la loi est sans bornes, comme celui de la volonté générale »*[89]. Pour le maître de Strasbourg, la théorie du domaine de la loi est *« entièrement dépourvue de fondement »*[90] ; la loi se définit par sa *« puissance de décision initiale »*[91], non par sa *« matière spéciale »*[92]. Gaston Jèze, et les élèves strasbourgeois de Carré de Malberg, Georges Burdeau et René Capitant, partagent cette analyse[93]. Pour cette doctrine, admettre l'existence d'une réserve de loi reviendrait à admettre l'existence de matières *non réservées* à la loi. Or cette conclusion

[88] Sur ces controverses, v. aussi REDOR, M.-J., *op. cit.,* p.141-144 ; TREMEAU, J., *op. cit.,* p.211-221

[89] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.54

[90] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.359

[91] *ibid.,* p.362. Carré de Malberg considère ainsi que *« la compétence réservée au législateur (...) embrasse indéfiniment tous les cas dans lesquels il y a lieu de prendre une décision ou mesure – générale ou particulière, atteignant les citoyens ou ne concernant que les fonctionnaires – pour laquelle l'autorité administrative se trouve sans pouvoir légal. »* (*ibid.,* p.361)

[92] *ibid.,* p.362

[93] JEZE, G., *Les principes généraux du droit administratif, op. cit.,* t.1, p.363 ; BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel,* 4ème éd., *op. cit.,* p.184 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.49

est inadmissible ; elle porte atteinte à la conception purement *hiérarchique* des rapports entre la loi et le règlement. Le domaine de la loi est celui de la règle initiale ; le domaine du règlement celui de la règle secondaire et subordonnée. Les deux domaines sont *illimités* sur le plan matériel, et le pouvoir réglementaire ne se distingue du pouvoir législatif que sur un plan hiérarchique – c'est-à-dire du point de vue, non de son champ d'application, mais de son champ de réglementation[94]. Il en résulte qu'il n'existe aucune matière interdite à la loi (aucune *réserve réglementaire*), mais surtout aucune matière interdite au règlement ; les facultés d'habilitation du législateur sont illimitées (*cf. supra,* n°669 s.). Cette doctrine est donc, paradoxalement, la plus favorable au pouvoir réglementaire.

917. C'est pour endiguer cette extension potentiellement illimitée du domaine du règlement que d'autres auteurs admettent l'existence d'une réserve de loi, mais se divisent sur l'étendue du domaine. Ainsi, on l'a vu, la doctrine « dilutionniste »[95] qui admet, soit l'existence de la *coutume constitutionnelle,* comme Léon Duguit, Louis Rolland ou André de Laubadère, – et même plus étonnamment Henry Berthélemy et Henry Nézard – soit l'existence d'une *légitimité constitutionnelle* supérieure au droit positif, à l'instar de Maurice Hauriou, adoptent une position maximaliste du domaine de la réserve de loi (*cf. supra,* n°911 s., 913 s.). Pour cette doctrine, l'existence d'une réserve *non écrite* de loi permet de combler les lacunes de la constitution écrite et de faire obstacle aux facultés d'habilitation illimitées du législateur. *« Devant ces règles, le Parlement doit s'arrêter »*[96] écrit Louis Rolland ; leur violation serait inconstitutionnelle au même degré que la violation de la constitution écrite.

918. D'autres auteurs admettent l'existence d'une réserve de loi, opposable au législateur, mais refusent d'ériger la coutume en source autonome du domaine. Georges Vedel incarne cette façon de penser ; s'il reconnaît, à la différence de Carré de Malberg, que « *la Constitution assigne un domaine minimum à la loi »*[97], il dénonce la *« prétendue coutume »*[98] réservant certaines matières à la loi. Pour autant, Vedel n'abandonne pas l'idée d'un droit *matériellement* constitutionnel, d'essence libérale – protecteur des droits et des libertés – supérieur, sinon opposable, au Parlement législateur, simple « pouvoir constitué »[99]. Vedel en est très tôt convaincu ; dès 1949, il reconnaît la valeur juridique du Préambule de 1946, et

---

[94] Sur cette distinction, v. TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.298 et s., et p.416 et s.
[95] L'expression est empruntée à Julien Jeanneney (*Les lacunes constitutionnelles, op. cit.,* p.220)
[96] ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.49
[97] VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* 1ère éd., *op. cit.,* p.498
[98] *ibid.,* p.497
[99] VEDEL, G., « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou protecteur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs,* n°45, 1988, p.149-159

particulièrement de la Déclaration de 1789, et réconcilie de la sorte la *matière* et la *forme* constitutionnelle. Cette entreprise est évidemment essentielle à l'affirmation de la supériorité constitutionnelle et à la défense du positivisme juridique, dans un contexte de crise des institutions. Dans la pensée vedélienne, les matières réservées à la loi par le Préambule de la Constitution de 1946 s'imposent donc au Parlement[100]. Cette démonstration est poursuivie par Francine Bataille, son élève, qui impose progressivement l'idée d'un droit *substantiellement* constitutionnel, dont le juge administratif – en l'absence de véritable cour constitutionnelle – serait le gardien[101]. Qu'ils soient « dilutionnistes », ou partisans de la supériorité constitutionnelle, ces auteurs sont aussi ceux qui ont, le plus tôt, pensé le contrôle de la constitutionnalité des lois. La protection des libertés – et l'endiguement des capacités d'habilitation illimitées du législateur – apparaît donc comme indétachable d'une censure juridictionnelle des incompétences négatives.

ii) Une réponse jurisprudentielle : la réserve de loi, critère de l'excès de pouvoir réglementaire

919. Le juge, tant judiciaire qu'administratif, apparaît à son tour comme l'acteur incontournable de la détermination du domaine de la loi. Très tôt, s'érigeant ainsi en gardien de la liberté individuelle, le juge judiciaire dégage les contours du domaine de la loi (*cf. supra,* n°888) ; cette opération est rendue possible par le rôle que se reconnaît la juridiction judiciaire dans l'appréciation[102] et l'interprétation[103] de la légalité des règlements administratifs[104]. Quant au Conseil d'Etat, son rôle dans la détermination des domaines respectifs de la loi et du règlement est ancien. Il retrouve néanmoins une importance singulière lorsque, au début du XXe siècle, la progression du recours pour excès de pouvoir l'oblige à déterminer le champ du pouvoir réglementaire dans le cadre – nouveau – de la République parlementaire. Deux arrêts, rendus sous les conclusions conformes de Jean Romieu, l'illustrent avec acuité. En 1904, dans une affaire *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer*, le Conseil d'Etat est saisi de la légalité de décrets portant création de conseils du travail, non expressément prévus par la législation en

---

[100] VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* 1ère éd., *op. cit.,* p.496-497

[101] v., en ce sens, SAINT-BONNET, F., « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel. Une propédeutique administrativiste pour le nouveau droit constitutionnel », *art. cit*.

[102] Au début du XXe siècle, la Cour de cassation se reconnaît compétente, non seulement pour interpréter, mais pour apprécier la validité des règlements administratifs. (Cass., 24 octobre 1917, *S.* 1918.I.193, note Duguit).

[103] TC, 16 juin 1923, *Septfonds,* Rec. p.498 ; *S.* 1923.III.49, note Hauriou ; *D.* 1924.III.41, concl. Matter

[104] COSSON, M., *Du rôle des tribunaux judiciaires dans l'application des règlements administratifs,* Paris : Jouve & Cie, 1928, 197 pages, spéc. p.136-137 ;

vigueur[105]. Ainsi affranchis de la condition *secundum legem,* les décrets sont-ils légaux ? Cette question conduit Jean Romieu à dégager les contours d'une réserve de loi. Pour le commissaire du gouvernement, suivi par le Conseil d'Etat, le titulaire du pouvoir réglementaire *« peut toujours prendre les mesures d'administration qu'il croit nécessaire à l'intérêt général du moment qu'il n'impose aucune obligation à personne, qu'il ne porte atteinte à aucun droit et ne lèse même directement aucun intérêt. »*[106] Le domaine de la réserve serait donc celui qui touche la sphère de capacité des personnes, c'est-à-dire qui atteint les individus dans leur volonté et dans leurs droits subjectifs, comme l'avaient théorisé Laband et Jellinek. L'affaire *Babin*[107]*,* en 1906, offre l'occasion à Jean Romieu, de préciser sa pensée. Des décrets simples peuvent-ils dédoubler un corps de fonctionnaires, créer un nouveau corps, et placer le corps nouvellement créé sous le régime disciplinaire applicable au corps des officiers ? Là encore, la résolution de la question dépend de la reconnaissance éventuelle d'une réserve de loi. Y a-t-il, en droit français, une place pour les règlements affranchis de la condition *secundum legem* ? Si oui, en quelle matière peuvent-ils intervenir ? Pour Romieu, cette question se ramène *« à la détermination de la sphère d'action du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif »*[108]. A ses yeux :

> « relèvent par leur nature du pouvoir législatif toutes les questions relatives directement ou indirectement aux obligations à imposer aux citoyens par voie d'autorité sans aucun lien contractuel (par exemple, tout ce qui concerne le droit de commander et de contraindre, l'organisation de la force publique et des juridictions, la prise de possession de la propriété privée, le vote des impôts et des dépenses publiques qui y donnent lieu, etc. »[109]

Ce ralliement de Jean Romieu à la doctrine allemande[110] (*cf. supra,* n°897 s.) révèle combien, pour le Conseil d'Etat, la question de la réserve de loi se pose, au début du XXe siècle, en lien avec la question de la survivance d'un pouvoir réglementaire *praeter legem,* c'est-à-dire autonome, dans le cadre du nouveau constitutionnalisme républicain.

920. Plus tard, des considérations identiques conduiront le Conseil d'Etat à dégager le contour du domaine de la loi pour déterminer, *a contrario,* le champ d'exercice du pouvoir réglementaire autonome en outre-mer. Nombreux sont ainsi les avis qui, au début de la IVe République, interprètent les termes de la réserve posée à l'article 72, alinéa 1er, de la

---

[105] CE, 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer,* Rec. p.131, concl. Romieu ; *S.* 1906.III.75, concl. Romieu ; *D.* 1905.III.57 ; *RDP,* 1904.88, note Jèze, concl. Romieu

[106] *Recueil Lebon,* 1904, p.133-134

[107] CE, 4 mai 1906, *Babin,* Rec. p.365, concl. Romieu p.362 ; *S.* 1908.III.110, concl. Romieu ; *D.* 1908.III.7, concl. Romieu ; *RDP* 1906.678, note Jèze, concl. Romieu

[108] *Recueil Lebon,* p.363

[109] *ibid.*

[110] Sur ce point, v. STECK, O., *op. cit.,* p.460-464

Constitution de 1946[111] relatif aux TOM ; en cette matière, le Conseil d'Etat fait preuve d'un certain *libéralisme*[112] mais ne permet pas moins de préserver, par soustraction, le large domaine laissé à la compétence réglementaire du Président de la République. C'est, enfin et surtout, à propos des décrets-lois que le Conseil d'Etat est amené à préciser progressivement les contours du domaine de la loi : jusqu'où les Chambres peuvent-elles habiliter l'Exécutif à abroger la législation formelle en vigueur ? Dès les années 1920-1930, le juge administratif recourt aux principes généraux du droit pour *« neutraliser »* [113] les effets d'habilitations législatives imprécises. Sous la IVe République, par son avis du 6 février 1953, le Conseil d'Etat consacre, dans le même objectif, la reconnaissance de la « tradition constitutionnelle républicaine » pour faire obstacle aux habilitations législatives en certaines matières ; ce faisant, il s'auto-habilite à fixer les bornes de la réserve de loi ainsi considérée. Par ses avis et arrêts le Conseil d'Etat détermine alors progressivement le contenu de la tradition républicaine réservant certaines matières à la loi[114].

921. Contrairement au juge judiciaire, c'est donc moins pour protéger les libertés individuelles, que pour déterminer le champ du pouvoir réglementaire, que le Conseil d'Etat s'octroie progressivement l'office de répartiteur des compétences législative et réglementaire.

---

[111] CE, Assemblée générale, 13 août 1947, n°241634 ; CE, 23 mars 1948, Sections réunies des finances et de l'intérieur, n°243193 ; CE, Section des finances, 11 mai 1948, n°243744 ; CE, Section des finances, 1er juin 1948, n°243689 ; CE, Section de l'intérieur, 22 juin 1948, n°244292 (avis relatif au régime législatif de l'Algérie) ; CE, Assemblée générale, 29 juillet 1948, n°244623 ; CE, Sections réunies de l'intérieur et des travaux publics, 9 novembre 1948, n°245315 (avis relatif au régime législatif de l'Algérie) ; CE, 30 novembre 1948, Sections réunies des finances et de l'intérieur, n°245824 ; CE, 26 juillet 1949, Section des finances, n°248254. **Ces avis sont consultables en ligne sur *Consilia Web.***

[112] v. GEORGES, N., « L'Union française vue du Conseil d'Etat », *art., cit.,* p.137 et s.

[113] v., STECK, O., *op. cit.,* p.427 et s.

[114] v., sans prétendre à l'exhaustivité, pour les sections administratives : CE, Section des travaux publics, 26 septembre 1953, « Projet de décret portant amélioration économique de la commercialisation des produits agricoles et alimentaires », n°262423, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/304 ; CE, Section des finances, 27 avril 1955 ; « Projet de décret relatif à certaines dispositions d'ordre financier », n°266756, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/372 ; CE, Assemblée générale, 18 mai 1955, « Projet de décret modifiant les règles d'apurement des comptes de gestion des collectivités locales et des établissements publics nationaux et locaux », n°266865, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/374 ; CE, Assemblée générale, 19 janvier 1956, « Question de savoir si l'article 2 de la loi du 28 novembre 1955 donne au gouvernement le pouvoir de modifier ou compléter par décret la législation existante, en matière de lutte contre l'alcoolisme », n°268543, précité [En ligne] ; CE, 18 septembre 1958, Assemblée générale, « Projet d'ordonnance portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique », n°275313, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/520.

Pour la section du contentieux, v. CE, 16 mars 1956, *Garrigou,* Rec. p.121 ; *D.,* 1956.253, concl. Laurent ; *AJ.,* 1956.II.1999, note J.A., chrn. Fournier et Braibant ; *GAJA,* 2e éd., p.430 ; CE, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes lièges d'Algérie,* Rec. p.54 ; *AJ.,* 1958.II.130, concl. Grévisse ; CE, 7 mars 1958, *Confédération nationale des associations de sinistrés,* Rec. p.152 ; *AJ.,* 1958.II.220, chr. Fournier et Combarnous ; CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval,* Rec. p.246 ; *D.,* 1958.II.730, note de Laubadère ; *AJ.,* 1958.II.282, concl. Kahn ; CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et a.,* Rec. p.358 ; *S.,* 1958.386, concl. Tricot ; *D.,* 1958.656, concl. Tricot ; *JCP.,* 1958.II.10727, note J.R. ; *AJ.,* 1958.II.306, chr. Fournier et Combarnous ; CE, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens,* Rec. T., p.572 ; *D.* 1959.475, concl. Chardeau, note Trotabas

A la veille de 1958, qu'il s'agisse de fixer les contours d'un éventuel pouvoir réglementaire autonome, ou de déterminer le champ d'application des décrets-lois, par l'interprétation des termes des lois d'habilitation corrigée par la référence à la « tradition constitutionnelle républicaine », le Conseil d'Etat déploie une très importante jurisprudence fixant les contours du domaine de la loi. En témoigne la création d'une catégorie spécifique dans le *Recueil Lebon – « Domaines respectifs de la loi et du règlement »* – à partir de 1956.

d) L'énumération des matières législatives : essai de typologie

922. Les éléments précédents permettent de mettre en lumière l'idéologie *libérale*, dont procède la réserve de loi. Reste à en identifier le contenu. La conception substantielle de la loi, mise en lumière par Hauriou et Carré de Malberg (*cf. supra,* n°899 s.), selon laquelle il existe une connexion entre la force *formelle* de la loi (c'est-à-dire sa supériorité) et sa dimension *statutaire*, permet d'essayer une typologie. Cette portée *statutaire* de la loi, et sa vocation à durer, font figure de critère des matières formellement législatives. Droit statutaire privé (i), et un droit statutaire public (ii)[115] sont les raisons d'être de la réserve de loi.

i) Réserve de loi et statut de l'individu

923. Dans l'idéal républicain, les matières réservées à la loi sont, en premier lieu, celles qui touchent le *statut* de l'individu. Le Conseil d'Etat l'a reconnu, d'un point de vue général, dans un arrêt *Azoulay* du 17 décembre 1948 en considérant que *« les atteintes aux libertés fondamentales des citoyens ne [peuvent] être valablement édictées que par la loi »*[116]. On peut, avec Henri Oberdorff, subdiviser cette première catégorie en trois groupes : statut physique, statut intellectuel, statut relationnel[117] :

- 1° Le « statut physique » de l'individu, d'abord, est classiquement considéré, depuis 1789, comme le domaine de la réserve de loi par excellence. Ainsi, la matière *pénale* relève-t-elle historiquement, au moins depuis les articles 7, 8 et 9 de la Déclaration de 1789, et constamment[118] du domaine réservé à la loi. Relève aussi classiquement de cette catégorie *l'état civil* des personnes, dont la nationalité[119] ;

[115] Sur cette distinction, v., PICARD, E., *La notion de police administrative, op. cit.,* p.494 et s. et p.496 et s.
[116] CE, 17 décembre 1948, *Azoulay et autres,* Rec. p.474 ; *RDP,* 1949.76, note Waline
[117] OBERDORFF, H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales,* 6e éd., Paris : LGDJ, 2017, 680 pages, spéc. p.55. L'auteur fait référence à la typologie de Gilles Lebreton.
[118] v. par exemple, les réserves instituées par la loi du 24 avril 1833 (art. 2, 2°), le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 (art.3, 7°), ainsi que l'alinéa 1er de l'article 72 de la Constitution de 1946. v. encore, CE, Assemblée générale, 13 août 1947, n°241634, précité ; CE, Assemblée générale, 28 septembre 1954, « Projet de décret

- 2° Le « statut intellectuel » de l'individu, ensuite, relève traditionnellement du domaine de la loi ; il définit l'individu en tant *« qu'être pensant »*[120]. Y figurent notamment les libertés *d'opinion* et *d'expression* des individus comme le reconnaissent constamment les textes et la jurisprudence, notamment l'avis du Conseil d'Etat du 13 août 1947[121] ;

- 3° Le « statut relationnel » de l'individu, enfin, est classiquement réservé à la régulation de la loi ; il définit l'individu en tant qu'être social et politique, dans ses relations avec les autres individus et dans son rapport à l'Etat. Il en résulte que relèvent historiquement du domaine de la loi la fixation des *droits politiques* de l'individu et le régime de la *citoyenneté*[122]. Y figurent aussi, au titre du statut patrimonial de l'individu, la protection de la *propriété privée*[123], et particulièrement la *matière fiscale*[124] ; ainsi évidemment que la régulation de la *liberté d'entreprendre* (dont dépend le régime des *interdictions professionnelles*)[125], celle de la *liberté des travailleurs* (dont dépend la liberté *syndicale,* et le *droit de grève*)[126] ou encore celle des *libertés de réunion* et *d'association*[127].

---

tendant à favoriser le développement du crédit à la consommation et à réprimer l'usure », n°265032, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/346 ; et au contentieux, CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence,* précité.

[119] v. loi du 24 avril 1833 (art. 2, 1°) ; *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 (art. 3, 2°) ; articles 9 et 12 de la loi du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie

[120] OBERDORFF, H., *op. cit.,* p.55

[121] Dans son avis du 13 août 1947, précité, le Conseil d'Etat interprète la réserve de loi posée à l'article 72, al. 1er de la Constitution de 1946 comme englobant « la liberté de la presse et, d'une manière générale, de diffusion de la pensée », la « liberté de conscience et des cultes », la « liberté de l'enseignement », ainsi que le « droit de suffrage ».

[122] loi du 24 avril 1833 (art. 2, 1°) ; *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 (art. 3, 1°) ; art. 80 de la Constitution de 1946

[123] v. *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 (art. 3, 5°) ; CE, Section des travaux publics, 4 décembre 1951, « Projet de décret concernant les abonnements téléphoniques principaux à ligne partagée », n°256193, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/221. On y lit : *« Une telle mesure, qui affecte le droit de propriété (...), ne peut être prise que par voie législative, même depuis l'intervention de la loi du 17 août 1948 ».*

[124] v. Déclaration de 1789 (art. 14) ; CE, Section des finances, 4 septembre 1953, « Projet de décret portant, au moyen de la suspension de la perception de taxes, aménagement du régime financier de certains produits de large consommation », n°262223, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/301. On y lit : *« parmi ces matières réservées à la loi (...) figure au premier chef le régime fiscal. »* ; et, au contentieux, CE, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens,* précité.

[125] CE, Ass., 20 décembre 1935, *Société des Etablissements Vézia,* Rec. p.1212 ; *RDP* 1936.119, concl. Latournerie ; CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris,* Rec. p.164

[126] Préambule de la Constitution de 1946, alinéa 7 ; v. CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene,* précité ; v. aussi l'avis du 13 août 1947, précité, qui interprète la réserve de loi de l'article 72, al. 1er de la Constitution de 1946, comme englobant la liberté syndicale.

[127] v. l'avis du 13 août 1947, précité, dans lequel l'Assemblée générale du Conseil d'Etat interprète largement le champ de la réserve de loi consacrée à l'article 72, al. 1er de la Constitution de 1946. Elle définit les libertés publiques comme *« comprenant les grandes libertés qui, n'étant pas limitées à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public ».* Elle y englobe notamment les libertés de réunion et d'association.

ii) Réserve de loi et statut des organes de l'Etat

924. Contrairement à l'idée reçue, la régulation du statut de l'individu n'épuise pas le champ du domaine traditionnellement réservé à la loi par les textes et la jurisprudence. Il comporte aussi un aspect public qui fixe *le statut des organes* de l'institution, en vue de la meilleure réalisation du droit statutaire de l'individu. Relèvent donc classiquement du domaine de la législation, la *constitution* des organes de l'institution et la détermination de leurs *compétences* :

- 1° La matière *constitutionnelle* (au sens général, entendue comme l'action de *constituer*) est évidemment, par excellence, réservée à la législation parlementaire et explique qu'elle échappe, dans la tradition républicaine, à l'Exécutif. Ainsi, en sus des matières réservées à la législation constitutionnelle au sens formel, relèvent traditionnellement du domaine de la loi ordinaire : la *création* d'organes dotés de prérogatives de puissance publique, particulièrement la création de *collectivités décentralisées*[128], en métropole ou en outre-mer ; la création de catégories *d'établissements publics*[129] ; l'institution de catégories de *juridictions répressives*[130] ; ou encore l'institution d'un *monopole public*[131] ou d'un *groupement obligatoire*[132]. Ces considérations expliquent pourquoi les modalités d'organisation et de désignation des organes ainsi institués ressortent également du domaine du législateur : il en est ainsi des *régimes électoraux,* particulièrement de la *loi électorale,* et du régime des *incompatibilités parlementaires*[133], ou du *statut des magistrats*[134] (lui-même garant de la protection du statut de l'individu (*cf. supra,* n°923 s.) ;

- 2° Corrélativement, il appartient au législateur de déterminer le champ des habilitations, c'est-à-dire les *compétences*, des organes ainsi créés : il est classiquement admis que seule la loi peut modifier ou étendre les *compétences d'une juridiction*[135]; fixer les compétences des collectivités territoriales ou des assemblées territoriales des TOM[136].

---

[128] art. 75 de la Constitution du 27 octobre 1946

[129] CE, 13 décembre 1957, *Barrot et a., Pierre et a.,* Rec., p.675

[130] loi du 24 avril 1833 (art. 2, 4°) ; Cass., crim., 28 août 1902, *S.* 1903.I.490 ; CE, Assemblée générale, 29 juillet 1948, n°244623, précité

[131] CE, 16 novembre 1956, *Société Desaveines et cie*, Rec. p.440

[132] CE, 14 mai 1948, *Sargos,* Rec. p.208

[133] Loi constitutionnelle du 25 février 1875, art. 1 ; art. 77, 78 et 79 de la Constitution de 1946 ; CE, 21 mars 1958, *Le Guyon*

[134] CE, Assemblée générale, 29 juillet 1948, n°244623, précité

[135] CE, 5 mars 1948, *Fédération nationale des entreprises à commerces multiples,* Rec. p.121 ; CE, Assemblée générale, 29 juillet 1948, n°244623, précité ; CE, 31 juillet 1948, *Compagnie industrielle des pétroles d'Afrique du Nord,* Rec. p.385 ; CE, 15 mars 1956, *Garnett,* Rec. p.125

[136] articles 77, 78, 88 et 89 de la Constitution de 1946

925. Toutes ces matières figureront – peu ou prou – à l'article 34 de l'actuelle Constitution. En vérité, l'émergence d'une réserve de loi en droit français est le fruit d'une lente construction doctrinale et jurisprudentielle, appuyée sur des textes épars, dont l'objet est initialement d'endiguer l'extension illimitée du pouvoir réglementaire sur habilitation législative. Réciproquement, elle permet de déterminer les contours des compétences laissées à l'exercice pouvoir réglementaire. Cette « réserve de loi » nécessite encore – pour être qualifiée comme telle – de bénéficier d'une protection, non seulement contre les excès de pouvoir réglementaire, mais encore contre les défaillances du législateur parlementaire lui-même.

B- LA DIFFICILE PROTECTION DU DOMAINE DE LA LOI

926. La réserve de loi n'est pas une simple détermination matérielle de compétence ; elle suppose – par définition[137] – l'existence d'une *protection* du domaine ainsi considéré. Or, avant 1958, l'inégal contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des actes législatifs formels et réglementaires affaiblit la portée de la réserve de loi (1) et révèle ainsi la nécessité d'une constitutionnalisation du système (2).

1) L'inégal contrôle juridictionnel

927. La protection du domaine de la loi suppose un mécanisme susceptible d'inhiber ou de censurer les immixtions du règlement dans les matières réservées. Or l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois rend impossible la censure de *l'incompétence négative du législateur* (a), et atténue *de jure* la portée du contrôle de *l'incompétence positive* de l'autorité réglementaire (b).

a) L'impossible censure de l'incompétence négative du législateur parlementaire

928. Avant 1958, le refus, tant juridictionnel qu'institutionnel, du contrôle de la constitutionnalité intrinsèque des lois rend impossible la censure de l'incompétence négative du législateur parlementaire (*cf. supra,* n°736 s.). La force formelle de la loi, qualifiée par Otto Mayer de *« préférence de loi »*[138], c'est-à-dire la force conditionnante et limitante de la

[137] *cf., supra,* n°885, note 1

[138] MAYER, O., *Le droit administratif allemand,* t.1, *op. cit.,* p.89. Pour Mayer, comme chez Carré de Malberg (qui partage cette analyse), la *« préférence de loi »* est le résultat de l'origine organique et formelle de la loi. Elle

loi sur le plan hiérarchique (donc sa supériorité formelle), est susceptible d'annihiler les effets de la *réserve* de loi. En l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois, il n'existe aucune gradation entre la loi et la constitution[139] ; la réserve de loi, même consacrée au niveau constitutionnel, demeure alors *inopposable au législateur* parlementaire. Sur le plan théorique, la doctrine allemande n'avait d'ailleurs jamais envisagé cette hypothèse ; car la réserve de loi a été historiquement pensée, outre-Rhin, comme une progression des pouvoirs du Parlement contre les prérogatives ancestrales du monarque. En France, au contraire, les effets de la *préférence de loi* posent de sérieux inconvénients pratiques ; car la *réserve* est pensée, au début du XXe siècle, non comme une progression des droits du Parlement, mais comme un moyen d'endiguer l'extension illimitée du pouvoir réglementaire *en limitant* les facultés d'habilitation des Chambres. Or, la force formelle des lois d'habilitation (leur supériorité), en l'absence de contrôle de la constitutionnalité intrinsèque des lois, rend impossible la censure des incompétences négatives du législateur parlementaire. La réserve de loi demeure donc, à l'égard du Parlement, purement théorique ; celui-ci reste, en dépit des textes et de la jurisprudence, toujours susceptible d'habiliter l'Exécutif à intervenir dans les matières réservées. Il en résulte également une insuffisante censure de l'incompétence positive de l'autorité réglementaire.

b) L'insuffisante censure de l'incompétence positive du pouvoir réglementaire

929. Si le recours pour excès de pouvoir permet de censurer les immixtions *spontanées* du pouvoir réglementaire dans les matières réservées à la loi, il demeure d'effet limité sur la censure du pouvoir réglementaire exercé sur habilitation législative. Dans l'hypothèse où le législateur *habilite expressément* l'Exécutif à intervenir dans le domaine réservé, le juge administratif doit s'incliner. Le commissaire du gouvernement Kahn l'expose en ces termes en mai 1958, dans ses conclusions sur l'affaire *Distillerie de Magnac-Laval*[140] : *« Lorsque la loi assigne au Gouvernement un objectif précis, vous admettez que* <u>*cette manifestation précise de volonté du législateur doit prévaloir*</u> *sur la clause interdisant au Gouvernement, d'une*

---

lui confère une force *« irréfragable »* et la place *« au-dessus de toute autre activité de l'Etat »* (*ibid.*). Il en résulte une force doublement conditionnante de l'acte législatif formel sur tous les autres actes de l'Etat : d'un point de vue passif, *« [la loi] ne peut valablement être annulée, modifiée ou privée de ses effets par aucune autre voie »* (*ibid.*), d'un point de vue actif, *« elle annule tous les actes émis au nom de l'Etat, qui lui sont contraires ».* (*ibid.*) (v. dans le même sens, CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.346). En d'autres termes, la *préférence de loi* définit la loi sur un plan hiérarchique, là où la *réserve* de loi la définit sur un plan matériel. (v. TREMEAU, J., *op. cit.,* p.29 et s.)

[139] v. TROPER, M., « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *art. cit.*

[140] CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval,* précité

manière générale, de porter atteinte aux matières réservées à la loi. »[141] (on souligne) De nombreuses jurisprudences illustrent cette situation[142] ; en dépit de la référence à la « tradition constitutionnelle républicaine » réservant certaines matières à la loi – parfois reproduite dans le corps même des lois d'habilitation[143] – le Conseil d'Etat juge qu'une habilitation *spéciale* déroge toujours à la réserve générale[144]. Ainsi, dans son arrêt *Garrigou* du 16 mars 1956, le Conseil d'Etat valide – en dépit de la référence à la réserve – des majorations d'impôts opérées par décrets, en considérant que, tant les termes de la loi d'habilitation, que les travaux préparatoires autorisaient de tels aménagements fiscaux[145]. Le 7 mars 1958, dans l'affaire *Confédération nationale des associations de sinistrés,* l'Assemblée du contentieux considère à nouveau :

> « qu'en tout état de cause, cette réserve générale [reproduite dans la disposition finale de la loi d'habilitation du 14 août 1954] ne pouvait pas faire obstacle à l'exercice par le Gouvernement des pouvoirs que lui conférait la disposition spéciale de la même loi l'autorisant à édicter, pour les fins envisagées, des mesures relatives à la reconstruction immobilière »[146].

Cette hypothèse de *conflit de lois,* dans les termes mêmes de la loi d'habilitation, se résout donc toujours au profit de l'habilitation spéciale. Il en est de même lorsque la loi d'habilitation n'a imposé aucune limite matérielle à l'exercice du pouvoir réglementaire (v. par exemple, la loi de pleins-pouvoirs pour l'Algérie du 16 mars 1956) ; ici, il s'agit moins de la résolution d'un conflit de lois que d'une application de la théorie de la *loi écran* ; l'habilitation législative fait écran entre le règlement et la réserve constitutionnelle. Le Conseil d'Etat ne peut que s'incliner[147]. De cette lignée jurisprudentielle, Jérôme Trémeau conclut à la *« pénétrabilité de la réserve »*[148]. En l'absence de contrôle de la constitutionnalité des lois, la *force formelle* de la loi d'habilitation (la « préférence de loi », c'est-à-dire sa supériorité hiérarchique) l'emporte toujours sur la *réserve de loi*, même constitutionnelle ; la censure de l'incompétence positive de l'autorité réglementaire dûment habilitée est donc amoindrie, sinon annihilée, par l'absence de censure de l'incompétence négative du

---

[141] KAHN, J., « Conclusions », *AJ.,* 1958, p.286

[142] v. pour une analyse complète, BATAILLER, F., *op. cit.,* p.475-481 ; TREMEAU, J., *op. cit.,* p.230-237

[143] v. loi du 11 juillet 1953, art. 7, §. III (pouvoirs spéciaux à Joseph Laniel) ; loi du 14 août 1954, 5°, al. 6 (pouvoirs spéciaux à Pierre Mendès France) (*cf. supra,* n°619, note 2)

[144] TREMEAU, J., *op. cit.,* p.236

[145] CE, Ass., 16 mars 1956, *Garrigou,* Rec. p.121, *D.* 1956.253, concl. Laurent ; *AJ* 1956.II.199, note JA ; *AJ* 1956.II.220, chr. Fournier et Braibant

[146] CE, Ass., 7 mars 1958, *Confédération nationale des associations de sinistrés,* précité

[147] CE, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes lièges d'Algérie,* précité

[148] TREMEAU, J., *op. cit.,* p.230

législateur. Ces considérations permettent de comprendre pourquoi la question de la réserve de loi appelle progressivement une systématisation constitutionnelle.

2) Une nécessaire constitutionnalisation

930. Au sortir de la IVe République, l'enjeu n'est pas tant de protéger le domaine de la loi des immixtions réglementaires – ce que permet le recours pour excès de pouvoir depuis le début du XXe siècle – que de rendre opposable la réserve de loi au législateur lui-même. Il s'agit donc, sinon de censurer l'incompétence *positive* du législateur[149] (*cf. infra,* n°993 s.), à tout le moins d'en censurer l'incompétence *négative*. La question revient à s'opposer aux *facultés d'habilitation illimitées* du législateur. Il faut donc pouvoir substituer à la force formelle des lois d'habilitation (la « préférence de loi ») une force supérieure susceptible de les inhiber ou de les censurer. Seules la Constitution et la justice constitutionnelle ouvrent de telles perspectives. On mesure ainsi combien le contrôle de la constitutionnalité intrinsèque des lois, et par conséquent l'affirmation de la supériorité constitutionnelle, apparaissent – ici encore (*cf. supra,* n°734 s.) – liées à la question de l'émancipation du pouvoir réglementaire.

931. On doit à Carré de Malberg d'avoir mis, très tôt, en évidence cette connexion nécessaire entre réserve de loi, supériorité constitutionnelle et justice constitutionnelle :

> « Une Constitution qui n'organise pas de contrôle sur la régularité du contenu des lois, s'enlève à elle-même la possibilité de soumettre les facultés d'habilitation dont disposera la Législature vis-à-vis de l'Exécutif à des restrictions matérielles, qui seraient condamnées par avance à demeurer dénuées de sanction. »[150]

Pour le maître de Strasbourg, donc – sauf à demeurer *« juridiquement vaine »*[151] – la détermination matérielle des domaines législatif et réglementaire suppose deux conditions : d'une part, une délimitation opérée au *niveau constitutionnel*[152], d'autre part, et surtout, une *juridiction constitutionnelle*[153]. En l'absence de ces deux conditions, d'ailleurs corrélées, le législateur demeure maître de ses habilitations et de la répartition matérielle des

---

[149] Cette question renvoie à celle de la *réserve réglementaire,* c'est-à-dire à celle de la protection du champ du pouvoir réglementaire contre les immixtions législatives.

[150] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.92

[151] CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit.,* p.404

[152] *« car, répartir les compétences et distribuer les matières entre le législateur et l'Exécutif, c'est faire œuvre d'organisation constituante »* (CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.100)

[153] *« une autorité ayant le pouvoir de retenir le Parlement dans le respect de la Constitution »* (CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit.,* p.404)

compétences ; ce faisant *« le Parlement se comporte en Constituante plutôt qu'en Législature »*[154] (*cf. supra,* titre précédent, n°669). Pour Carré de Malberg – qui raisonne *de lege lata* – le système se tient : l'absence de délimitation des domaines législatif et réglementaire dans la Constitution de 1875 est le corollaire nécessaire de l'absence de contrôle de constitutionnalité des lois.

932. Ces considérations expliquent pourquoi, *de lege lata,* le Conseil d'Etat a toujours opposé, sous la IVe République, un avis défavorable à toute tentative de délimitation *ne varietur* des domaines de la loi et du règlement (*cf. infra,* n°1011 s.). Sa position est pleinement conforme à l'analyse de Carré de Malberg ; dès 1952, en Assemblée générale[155], le conseiller Henry Puget déclare à l'occasion de l'examen d'un projet de loi portant détermination des domaines législatif et réglementaire : *« c'est là une matière qui, par nature, est essentiellement constitutionnelle et qui a toujours été regardée comme telle »*[156]. Or, comme le rappelle le conseiller Hervé Detton, dès lors que la question n'est pas traitée par la Constitution, *« la solution est à la merci du législateur »*[157] et il lui appartient de déterminer lui-même les limites de son domaine. C'est exactement la position de Carré de Malberg. La question se pose en termes identiques, en 1956, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat[158], qui oppose une nouvelle fois un avis négatif au projet. Les propos du rapporteur Pierre Chasserat ne laissent place à aucune ambiguïté sur les motivations du Conseil d'Etat :

> « La délimitation des compétences est une question assez grave pour qu'elle dépasse le cadre normal de l'activité législative et pour qu'elle soit traitée dans la Constitution. Or, pas plus que les lois de 1875, la Constitution de 1946 n'énumère la liste des matières législatives par nature (…). L'on pourrait croire que les constituants ont commis un oubli. Mais il n'en est rien. (…) On peut donc affirmer que l'Assemblée constituante a écarté délibérément toute délimitation rigide, établie une fois pour toutes. (…) Elle a entendu laisser à l'Assemblée nationale la plus grande liberté pour déterminer souverainement l'étendue de sa compétence. »[159]

L'influence de Carré de Malberg est prégnante, comme en témoigne la proximité des termes employés par le rapporteur avec ceux du maître de Strasbourg dans la *Loi, expression*

---

[154] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.100

[155] CE, Assemblée générale, 18 décembre 1952, « Projet de loi portant réforme administrative », n°259115 et n°259924 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cotes 19990025/260 et 199990025/272 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/17.

[156] Compte-rendu des débats, p.24

[157] *ibid.,* p.15 bis

[158] CE, Assemblée générale, 15 novembre 1956, « Proposition de loi Guy Petit tendant à opérer un classement de principe des matières législatives par nature et à définir le domaine et les modalités du pouvoir réglementaire », n°269977 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/424 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/22.

[159] Compte-rendu des débats, p.7-8

de la volonté générale[160]. Pour le Conseil d'Etat, il existe donc un lien consubstantiel entre la détermination des compétences législative et réglementaire et la supériorité constitutionnelle ; seule une réforme constitutionnelle permettrait de reconsidérer la question.

933. *De lege ferenda,* la liaison ainsi mise en évidence par Carré de Malberg explique pourquoi l'instauration d'une réserve de loi, opposable au législateur, implique nécessairement une *révision* constitutionnelle, et non une simple amélioration des méthodes de travail parlementaires. Rien d'étonnant de constater que Michel Debré – très tôt séduit par la pensée de Carré de Malberg (comme il l'a confié à Nicolas Wahl en août 1958)[161] – figure parmi les premiers réformistes à proposer une délimitation des domaines, inscrite au niveau constitutionnel, et protégée par un mécanisme de contrôle, incarné par le Conseil constitutionnel (*cf. supra,* n°739 s.). Au milieu des années 1950, cette question paraît *« tellement révolutionnaire »*[162] qu'il faudra les circonstances de 1958 pour qu'elle puisse se réaliser.

934. Conclusion. L'émergence de l'idée d'une réserve de loi en droit public français dans la première moitié du XXe siècle est d'inspiration essentiellement *libérale*. Mais contrairement à l'Allemagne – où elle marque la progression des compétences propres du Parlement au détriment de celles du monarque – la réserve de loi est pensée en France, comme une *limitation* des facultés d'habilitation du législateur, permettant d'endiguer l'extension illimitée du pouvoir réglementaire (par RAP ou décrets-lois). Libérale dans son essence, la réserve est donc une frontière dressée, moins contre l'Exécutif, que contre le Parlement. Sa portée *gouvernementale* ne fait ainsi aucun doute.

§2. La portée gouvernementale de la réserve de loi

935. Bien que toutes deux d'inspirations libérales, les conceptions allemande et française de la réserve de loi diffèrent profondément l'une de l'autre dans leur portée. Dans les anciennes monarchies, du type allemand, toute matière non légiférée, est matière d'ordonnance royale[163]. Ainsi, la réserve de loi est pensée outre-Rhin comme une progression du domaine de la loi, en faveur du Parlement, au détriment du pouvoir réglementaire

---

[160] *« Le silence gardé par la Constitution touchant la matière respective de la loi et du règlement n'est pas dû à un oubli ou à une négligence (…) »* (CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.86, v. aussi, p.88 et s.)

[161] *cf., infra,* n°1113, note 258

[162] LAUBADERE (De), A., « Des « pleins-pouvoirs » aux « demi-décrets-lois » », *art. cit.,* p.492

[163] v., HUMMEL, J., *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918), op. cit.,* p.121-123

auparavant illimité du monarque. Elle est une manifestation de la monarchie *limitée,* c'est-à-dire une limitation progressive des compétences autonomes du monarque. (*cf. supra,* n°897 s.) Dans le constitutionnalisme républicain, au contraire, le domaine de la loi est *illimité* ; toute matière non légiférée, est matière de loi[164]. La réserve de loi n'est donc nullement une progression des compétences du Parlement, qui les détient toutes de façon initiale et inconditionnée. La réserve de loi s'analyse alors, dans la République parlementaire française, comme une limitation progressive des facultés d'habilitation du Parlement, c'est-à-dire comme une *réduction du domaine de la loi*, auparavant illimité. D'essence libérale, la réserve de loi « à la française » profite donc paradoxalement à l'Exécutif. L'idée qu'il existe des matières réservées à la loi permet, *a contrario,* de penser qu'il existe aussi des matières *non réservées,* ouvertes à l'exercice du pouvoir réglementaire, soit sur habilitation, les RAP[165] et décrets-lois, (A), soit spontanément, le pouvoir réglementaire autonome (B).

A- LA LEGITIMATION DU POUVOIR REGLEMENTAIRE SUR HABILITATION : LES DECRETS-LOIS

936. Au XXe siècle, l'émergence de la réserve de loi apparaît en réaction aux excès du parlementarisme absolu. Elle est pensée, par la doctrine et la jurisprudence, comme un moyen de *rationaliser* – dans un esprit libéral – l'exercice des habilitations législatives accordées à l'Exécutif. Ainsi, la réserve de loi, loin d'interdire les RAP et les décrets-lois, permet au contraire de les légitimer *dans les autres matières* (1), sinon de justifier le procédé même de *l'habilitation* (2).

1) L'habilitation *en dehors* des matières réservées : le modèle français antérieur à 1958

937. La réserve de loi apparaît, au XXe siècle, comme la condition de la régularité constitutionnelle du pouvoir réglementaire par RAP (non complémentaires) et par décrets-lois (*cf. supra,* n°711 s.). Mais, en même temps qu'elle limite les facultés d'habilitation du législateur en certaines matières, elle légitime l'exercice du pouvoir réglementaire dans les

---

[164] Comme l'écrit Carré de Malberg, *« toute matière non légiférée est, à défaut d'habilitation accordée par un texte à l'Exécutif, matière de loi ».* (CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *art. cit.,* 10.30-7, col. 2)

[165] On rappelle qu'un RAP est un simple *instrumentum*, susceptible de contenir des dispositions de portée singulièrement différente. 1° Dans le silence de la loi qui y renvoie, le RAP n'est qu'un règlement complémentaire. 2° En cas d'habilitation législative spéciale, il deviendrait – comme n'importe quel autre règlement – un *« règlement habilité »* autorisé à réguler des matières non déjà légiférées, voire à les abroger. Dans cette seconde hypothèse, c'est d'un rapport d'habilitation qu'il s'agit. Dans la première, d'un rapport de complémentarité. (Sur ces éléments, *cf. supra,* n°771, note 13, et v., CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.44, et p.73 et s.)

autres matières. En dehors de la réserve, le Parlement demeure libre d'habiliter l'Exécutif à réguler des matières non encore légiférées, voire d'abroger la législation formelle existante. Cette conséquence *gouvernementale* est implicitement admise par tous les partisans de la réserve de loi. *« Rien ne s'oppose,* écrit Léon Duguit synthétisant cette façon de penser, *à ce que le parlement confère compétence au gouvernement de faire un règlement sur une matière que la constitution n'a pas expressément réservée au pouvoir législatif »*[166]. Cette logique autorise les plus larges habilitations et revient à admettre la constitutionnalité des décrets-lois sous la IIIe et la IVe République. Le Conseil d'Etat consacre exactement cette solution dans son avis du 6 février 1953, avant que Pierre Pflimlin n'envisage de l'inscrire dans la Constitution, par un projet de révision – non abouti – de mai 1958 (*cf. supra,* chapitre 5, n°680 s. et n°757 s.). En définitive, la réserve de loi a progressivement permis – tout en endiguant l'expansion illimitée du pouvoir réglementaire – de rendre acceptable la législation gouvernementale, par RAP et décrets-lois, en cherchant à la *contenir* dans un domaine non expressément réservé à la loi.

938. L'article 38 de la Constitution actuelle procède d'une tout autre logique ; la consécration d'une réserve réglementaire, en 1958, (c'est-à-dire des matières réservées au règlement) rend désormais inutiles les habilitations législatives en dehors du domaine réservé à la loi. L'habilitation – qui renoue avec la *délégation* d'antan – permet au contraire à l'Exécutif d'intervenir dans les matières réservées.

2) L'habilitation *dans* les matières réservées : le modèle allemand, réceptionné en 1958

939. Contrairement au système antérieur à 1958, l'article 38 de l'actuelle Constitution permet d'habiliter l'Exécutif à intervenir *dans le champ* des matières réservées à la loi (b). Sur ce point, la Constitution de la Ve République renoue avec le modèle allemand de la monarchie limitée (a).

[166] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., t.4, p.757. v. encore, les propos de Rolland : *« Est juridiquement correcte,* relève Rolland, *une loi qui, pour des matières non réservées au Parlement par la loi ou la coutume constitutionnelles, étend la compétence réglementaire du chef de l'Etat (…) »* (ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.55)

a) Le modèle allemand des « ordonnances de droit »

940. Le modèle allemand de la monarchie limitée repose sur le principe – Laband parle d'*« axiome »*[167] – de la coïncidence de la loi formelle et de la loi matérielle : toute disposition juridique, atteignant les citoyens dans leurs droits, doit être établie par voie législative (*Gesetz*). Les autres matières sont laissées à la compétence autonome du monarque, qui agit par voie d'ordonnances (*Verordnungen*). Là encore, le domaine de l'ordonnance est censé coïncider avec celui des matières administratives, celles qui – ne régulant que l'intérieur de l'appareil administratif – n'atteignent pas les individus dans leurs droits et demeurent hors du champ de la réserve de loi (*cf. supra,* n°898). Il se peut cependant que, pour des raisons d'opportunité et exceptionnellement, le législateur habilite le monarque à édicter des dispositions juridiques, c'est-à-dire à intervenir dans le domaine de la loi matérielle : *« au lieu d'établir* directement *des règles de droit,* écrit Laband, *une loi peut contenir des dispositions qui déterminent* comment *certaines règles de droit doivent être publiées. »*[168] Cette opération, c'est la « délégation » *(Delegation)* : *« toute ordonnance contenant des dispositions juridiques ne peut être valable que si elle est publiée en vertu d'une délégation spéciale de la loi de l'Empire. »* [169] Les ordonnances ainsi édictées sur délégation, qui atteignent les individus dans leur sphère de capacité, contiennent des dispositions juridiques. Pour Laband, elles sont donc des *lois matérielles,* et sont qualifiées d'ordonnances juridiques ou réglementaires (*Rechtsverordnungen*) pour les distinguer des ordonnances administratives (*Verwaltungsverordnungen*).

941. Dans le constitutionnalisme allemand donc, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire autonome au monarque en matière administrative (*cf. infra*, n°947 s.) a pour conséquence de renverser la théorie de la délégation : celle-ci n'est pas, comme en France avant 1958, un moyen permettant à l'Exécutif de réguler, sur invitation du législateur, un champ inoccupé par la loi en dehors du domaine réservé, elle est un moyen permettant à l'Exécutif de pénétrer, sur invitation du législateur, dans le *champ même de la réserve de loi.* La Constitution de 1958, de ce point de vue, se rapproche du modèle allemand de la monarchie limitée ; l'article 38 permet précisément à l'Exécutif d'intervenir dans le champ de

---

[167] LABAND, P., *op. cit.,* p.384 ; v. aussi, HUMMEL, J., *op. cit.,* p.121 et s.

[168] LABAND, P., *op. cit.,* p.394

[169] *ibid.,* p.395. v. aussi, MAYER, O., *op. cit.,* p.95. En dépit des termes employés par Laband et Mayer, Carré de Malberg montre que la théorie allemande de la délégation ne s'analyse – pas plus qu'en France – comme une aliénation du pouvoir législatif. Le principe de l'indisponibilité des compétences se trouve consacré de la même façon. (v. CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la constitution de Weimar », *art. cit.,* p.334, note 1)

l'article 34, alors que – jusqu'alors – la théorie de la réserve de loi « à la française » excluait, en principe, toute habilitation dans le domaine réservé.

b) La réception française : l'ouverture exceptionnelle à l'Exécutif des matières réservées à la loi

942. La conception allemande de la délégation, perçue comme une ouverture du domaine de la loi, a trouvé un certain écho en France, en particulier au Conseil d'Etat. En 1907, dans ses conclusions sur l'affaire *Compagnie des chemins de fer de l'est*, Jacques Tardieu – tout en s'appuyant sur la doctrine orthodoxe française pour conclure à l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir dirigé contre un RAP – conserve une conception allemande de la délégation. Tardieu déclare :

> « Nous estimons que toutes les fois où le législateur, en enjoignant au pouvoir exécutif de faire un règlement pour compléter une loi déterminée, dispose en terme exprès que dans ce règlement le Gouvernement pourra fixer des pénalités, poser des règles de compétence, établir un impôt, toute chose qu'il ne pourrait faire en vertu de ses pouvoirs normaux, nous estimons que cette disposition s'impose à tous et doit être obéie. » [170] (on souligne)

Pour le commissaire du gouvernement, l'habilitation permet au RAP d'édicter des peines et des taxes, ce que précisément – un an auparavant – son collègue Jean Romieu considérait, dans l'arrêt *Babin,* comme relevant par nature du pouvoir législatif[171]. Cette conception repose sur une certaine représentation de la *normalité* du domaine réglementaire, c'est-à-dire sur l'idée qu'il existerait un domaine minimum laissé à la libre régulation de l'Exécutif ; bref, un pouvoir réglementaire autonome (*cf. infra,* n°945). L'habilitation permettrait alors d'ouvrir le domaine réglementaire dans les matières qui lui *échappent* par principe, celles qui sont réservées à la loi. Le Conseil d'Etat – en dépit de la solution retenue dans l'avis du 6 février 1953 – semble parfois adopter la position de ces deux commissaires du gouvernement. Ainsi, dans un avis du 4 septembre 1953, la Section des finances, relève que *« parmi ces matières réservées à la loi, et pour lesquelles en l'absence de délégation législative expresse, le pouvoir exécutif est incompétent (...) figure au premier chef le régime fiscal »*[172]. (on souligne) En 1959, un arrêt consacre cette conception de l'habilitation législative : une

[170] « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1907, p.915

[171] Romieu lui-même reconnaît, dans ses conclusions sur l'affaire *Babin,* qu'en dépit des matières qui relèvent par leur nature du pouvoir législatif, *« le législateur peut évidemment (...) déléguer ses pouvoirs à d'autres autorités et les investir du droit de réglementer en ces matières à son lieu et place : mais en l'absence de délégation générale ou spéciale, explicite ou implicite, émanée du législateur, le pouvoir exécutif est par lui-même absolument incompétent ; »* (« Conclusions », *Recueil Lebon,* 1906, p.363)

[172] CE, Section des finances, « Projet de décret portant, au moyen de la suspension de la perception de taxes, aménagement du régime financier de certains produits de large consommation », n°262223, précité

restriction d'exercice d'une activité professionnelle *« ne pouvait légalement être instituée que par la loi ou en exécution d'une disposition législative habilitant le gouvernement à l'instituer. »*[173]

943. Au crépuscule de la IVe République, ce retour de la conception allemande de l'habilitation permet de requalifier les violations avérées de l'article 13 de la Constitution, tel qu'interprété par l'avis du 6 février 1953. Le Conseil d'Etat, plutôt que de considérer inconstitutionnelles les nombreuses lois de pleins-pouvoirs habilitant le Gouvernement à intervenir – en dépit de son avis – dans les matières réservées, préfère y voir des ouvertures exceptionnelles du domaine de la loi, préfigurant par-là la solution retenue en 1958. Dans ces conditions, on l'a vu, le Conseil d'Etat impose une clause de ratification, avec effet rétroactif pour rétablir l'ordre constitutionnel des compétences perturbé (*cf. supra,* n°746 s.). En 1958, la consécration constitutionnelle du pouvoir réglementaire autonome (articles 34 et 37) et de la réserve réglementaire (article 34, 37 et 41, et titre VII) conduit les pères de la Constitution de la Ve République à renouer formellement avec la conception allemande de la réserve de loi : contrairement à la situation antérieure à 1958, l'habilitation devient le moyen, non d'autoriser l'Exécutif à légiférer *praeter,* ou *contra legem* (ce qu'il peut désormais faire *proprio motu* en vertu de l'article 37), mais de l'autoriser à légiférer dans le champ des matières réservées à la loi. La réserve de loi n'est donc plus, sous la Ve République, pensée comme *limite* aux facultés d'habilitation du Parlement, mais comme la frontière du pouvoir réglementaire autonome de l'Exécutif. C'est exactement renouer avec le modèle de la monarchie limitée du XIXe siècle[174].

944. Quoi qu'il en soit, la réserve de loi apparaît comme une frontière, à la pénétrabilité variable, entre les domaines législatif et réglementaire. Elle offre, évidemment, une justification particulièrement forte à la théorie du pouvoir réglementaire autonome.

B- LA POSSIBILITE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE AUTONOME

945. Définition. Le pouvoir réglementaire autonome n'a pas pour spécificité d'être autonome de la loi dans son fondement[175], mais dans son champ d'application. Il est le pouvoir d'édicter *spontanément* (hors de toute habilitation législative) des règlements en

[173] CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris,* précité

[174] Et certains ne s'y trompent pas : DUVERGER, M., « Les mirages orléanistes », *Le Monde,* 13 juin 1958 ; DUVERGER, M., « La Seconde Restauration », *Le Monde,* 2, 3 septembre 1958

[175] *cf.* Première partie de cette étude : « l'affirmation d'un fondement autonome ».

matière *non déjà légiférée,* soit à raison de l'inoccupation du champ par la loi, soit que la matière relève d'une réserve réglementaire (*cf. supra*, n°484 s.), et *non réservée à la loi*. Ainsi, l'existence du pouvoir réglementaire autonome ne suppose pas nécessairement l'existence d'une réserve réglementaire (c'est-à-dire la protection constitutionnelle d'un domaine réglementaire), et n'implique nullement une équivalence hiérarchique entre la loi et le règlement[176]. En d'autres termes, comme le relève René Capitant, le règlement autonome, s'il demeure soumis au respect de la condition *infra legem,* est affranchi de la condition *secundum legem*[177]. L'idée qu'il existe une réserve de loi profite à la reconnaissance du pouvoir réglementaire autonome. Existeraient ainsi des matières *non réservées à la loi,* ouvertes à la régulation spontanée de l'Exécutif. Si cette conception s'impose en outre-mer à partir de 1946 (2), elle demeure controversée pour la Métropole (1).

1) L'admission possible du pouvoir réglementaire autonome pour la Métropole

946. Paradoxalement, la réserve de loi rend possible l'admission du pouvoir réglementaire autonome. La solution est évidente dans le cadre de la monarchie limitée du type allemand, où historiquement, toute matière non légiférée est matière d'ordonnance. Cette conception trouve un certain écho dans la doctrine et la jurisprudence françaises (a) mais se heurte à l'objection, déjà identifiée, de Carré de Malberg (b).

a) Un héritage de la monarchie limitée

947. Comme son nom l'indique, la monarchie limitée – du type allemand[178] ou français[179] du XIXe siècle – *limite* les pouvoirs du monarque, mais ne les anéantit pas. Dans ce modèle, la réserve de loi s'apparente à la part, accaparée par les Chambres, du pouvoir législatif, historiquement détenu par le roi. En dehors de ce domaine d'action, désormais réservé à la loi parlementaire, le monarque reste libre d'exercer ses fonctions primaires de législation. Au milieu de la IIIe République, cette conception monarchique inspire la doctrine républicaine

[176] Le droit constitutionnel de la Ve République l'illustre. Si la Constitution reconnaît au Premier ministre (art. 21) le pouvoir d'édicter des règlements en matières non réservées à la loi (art. 37), cette activité demeure subordonnée à celle du législateur à produire des lois. Un règlement autonome ne peut contrarier aucune loi formelle, *a fortiori* l'abroger (sauf après constatation de son caractère matériellement réglementaire par application de l'alinéa 2 de l'article 37). La loi, quant à elle, peut toujours sortir de son domaine sans inconstitutionnalité.

[177] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public,* 1955-1956, *op. cit.,* p.43

[178] v. HUMMEL, J., *op. cit.*

[179] v. LAQUIEZE, A., *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848,* Paris : PUF, 436 pages, coll. « Léviathan », spéc. p.35 et s.

française, soucieuse de renforcer l'Exécutif (i). On en trouve également des traces dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (ii).

i) Un modèle pour une hétérodoxie républicaine : Félix Moreau, Maurice Hauriou, Joseph Barthélemy

948. Dans le système de la monarchie limitée, la réserve de loi rationalise la distribution des fonctions primaires de législation dans l'Etat[180] ; elle limite la puissance historique du monarque, mais ne l'anéantit pas. En dehors de la réserve, il conserve ses prérogatives législatives ancestrales. Cette idée est parfaitement exprimée par Otto Mayer, en 1903, analysant le système de l'Empire allemand :

> « [c]e n'est donc que pour certains objets particulièrement importants, qu'on a fait de la loi une condition indispensable de l'activité de l'Etat. Pour tous les autres cas, le pouvoir exécutif reste libre ; il agit en vertu de sa propre force, et non pas en vertu de la loi. »[181] (on souligne)

Paradoxalement donc, la « réserve de loi » permet – par soustraction – d'envisager l'existence d'un secteur laissé, sinon réservé, au pouvoir réglementaire autonome de l'Exécutif. On comprend que le système de la monarchie limitée ait séduit, en France, ceux des auteurs républicains qui cherchaient à renforcer l'Exécutif sous la IIIe République.

949. Félix Moreau, Maurice Hauriou et Joseph Barthélemy incarnent cette hétérodoxie constitutionnelle française. Leur volonté d'asseoir l'indépendance du Président de la République – ou d'y voir un authentique représentant autonome de la Nation[182] – les conduit à transposer, en France, les présupposés du modèle de la monarchie limitée. Ces considérations les amènent à admettre la validité du pouvoir réglementaire autonome, dont ils soulignent l'antériorité dans l'Etat. Les propos de Joseph Barthélemy sont particulièrement éclairants :

> « Le Président de la République exerce la part de l'ancien pouvoir législatif dont il a hérité des anciens rois. Il peut donc *légiférer* librement sur toutes les matières qui n'ont pas encore été l'objet d'une réglementation de la part de l'organe législatif. »[183]

De semblables propos figurent, dès 1902, sous la plume de Félix Moreau, pour qui *« le pouvoir réglementaire s'exerce valablement sur les objets dont la loi ne s'est pas*

---

[180] HUMMEL, J., *op. cit.,* p.122

[181] MAYER, O., *op. cit.,* p.92 ; v. aussi LABAND, P., *op. cit.,* p.378-380, p.546

[182] BARTHELEMY, J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes, op. cit.,* p.629 et s. ; HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., 1929, *op. cit.,* p.447. Quant à Félix Moreau, il n'érige pas le Président de la République en « représentant » de la Nation. Mais, authentique partisan du système de la « balance des pouvoirs », il prône l'équilibre et l'indépendance des organes (v. MOREAU, F., *Précis élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* 9e éd., p.402 et s., spéc. p.404)

[183] BARTHELEMY, J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes, op. cit.,* p.648

occupée. » [184] Le domaine du pouvoir réglementaire autonome se détermine donc par soustraction du domaine d'action de la loi : en matières *déjà légiférées* (« préférence de loi ») ou *réservées à la loi* par la Constitution (« réserve de loi »)[185], le pouvoir réglementaire ne peut s'exercer spontanément qu'en complément de la loi. Dans les autres matières, l'Exécutif est libre d'exercer son pouvoir réglementaire *praeter legem.*

950. Maurice Hauriou parvient aux mêmes conclusions, à la faveur des mêmes postulats. Pour lui, le régime parlementaire n'a fait que *« recouvrir d'un voile »*[186] cette puissance naturelle de commander dont dispose l'Exécutif (*cf. supra,* n°512 s., n°574 s.), qui est en réalité *« la plus ancienne »*[187] des fonctions assumées dans l'Etat. Il en résulte que le pouvoir réglementaire existe antérieurement et indépendamment de la loi ; *« là où il ne fonctionne pas, c'est qu'il a été supprimé, mais là où il fonctionne, ce n'est pas en vertu d'une délégation de la loi, c'est par sa vertu propre. »*[188] Le pouvoir de réglementation et de contrainte du chef de l'Etat se trouve certes *limité* par le système parlementaire ; mais non point annihilé. Ainsi, pour Hauriou, le règlement est seulement *« bridé »*[189] par la loi ; il ne doit jamais intervenir *contra legem*, mais peut toujours intervenir *praeter legem.* Les règlements n'ont donc pas nécessairement pour fonction d'assurer l'exécution des lois ; s'ils peuvent avoir un objet propre, *« cela est à la condition,* conclut Hauriou, *de respecter la réserve de la loi, mais n'est pas nécessairement dans la limite de ce qui a déjà été prévu par la loi (...) »*[190].

951. Moreau, Hauriou et Barthélemy réinterprètent donc les lois constitutionnelles de 1875 à la lumière des principes de la monarchie limitée, dans l'objectif – avoué – de renforcer l'Exécutif républicain. Pour eux trois, *préférence* et *réserve* de loi ne constituent qu'une simple *limite* à l'exercice du pouvoir réglementaire ; elles n'en sont en rien la *condition.* Là où l'exercice du pouvoir réglementaire n'a pas été limité – bridé – par la loi et la Constitution, il subsiste dans toute son étendue.

---

[184] MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.168
[185] *ibid.,* p.206-207
[186] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.448
[187] *ibid.* v. aussi, HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.383 et s., spéc. p.388
[188] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 8e éd., *op. cit.,* p.48
[189] *« Le règlement est bridé par la loi en ce sens que toute disposition réglementaire en contradiction, soit avec les termes d'une loi, soit avec une liberté consacrée par une loi, est frappée d'illégalité. »* (HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., *op. cit.,* p.627)
[190] *ibid.*

ii) Une consécration jurisprudentielle : l'empreinte de Jean Romieu

952. Cette théorie des « limites » – autorisant l'exercice *praeter legem* du pouvoir réglementaire – trouve des échos dans la jurisprudence du Conseil d'Etat[191]. On la trouve pleinement consacrée par Jean Romieu au début du XXe siècle. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Mogambury*[192], en 1892, le commissaire du gouvernement reconnaît que la faculté de créer des nouveaux ministères est une compétence réglementaire autonome ; elle procède de *« l'essence du pouvoir du Chef de l'Etat »* [193], dont les prérogatives sont simplement limitées (Romieu parle de *« limite naturelle »* [194]) par la Constitution et les lois ordinaires. Cette conception est encore plus nettement affirmée dans ses conclusions sur l'arrêt *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemin de fer* de 1904. Romieu y déclare :

> « Le Parlement peut toujours empêcher le Gouvernement de réaliser une réforme qu'il estime inopportune ou qu'il prétend se réserver le soin de réaliser. Mais tant qu'il n'est intervenu aucun texte législatif limitant, en fait, ou en droit, les pouvoirs du Gouvernement, celui-ci peut toujours prendre les mesures d'administration qu'il croit nécessaires à l'intérêt général (…) »[195] (on souligne)

Ici encore, le pouvoir réglementaire apparaît comme disposant d'un champ d'application absolument général, dont le législateur parlementaire ne fixe que les limites par ses interventions successives. La loi *empêche* seulement le pouvoir réglementaire de *statuer* dans les matières que le Parlement entend s'octroyer ou que la Constitution lui réserve. Les conclusions de Jean Romieu sur l'affaire *Babin* en 1906 confirment magistralement cette représentation du domaine d'action de l'Exécutif :

> « [I]l n'existe pas de règles de droit écrit en ce qui concerne cette délimitation de pouvoirs, si importante au point de vue constitutionnel : c'est la jurisprudence qui les fixe, en les faisant découler des conditions dans lesquelles s'est manifestée jusqu'ici l'intervention du législateur dans les diverses matières. Tantôt cette intervention est générale, complète, et la matière est dite appartenir par sa nature au domaine législatif ; tantôt cette intervention est rare, accidentelle, limitée à quelques points, la matière peut être considérée dans son ensemble comme appartenant au domaine du pouvoir exécutif, sauf les quelques îlots qui ont été détachés par le législateur à son usage. »[196] (on souligne)

---

[191] v. les exemples cités *in :* STECK, O., *op. cit.,* p.433 et s.

[192] CE, 2 décembre 1892, *Mogambury, Rec.* p.838, concl. Romieu ; *D.* 1893.III.1, concl. Romieu ; *S.* 1894.III.97, note Hauriou

[193] ROMIEU, J., « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1892, p.838

[194] *ibid.,* p.839

[195] ROMIEU, J., « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1904, p.133

[196] ROMIEU, J., « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1906, p.363

Ces propos témoignent, qu'en pleine période d'enracinement de la République parlementaire, le Conseil d'Etat – sous l'influence de Jean Romieu – emprunte au modèle de la monarchie limitée allemande des présupposés théoriques lui permettant de relativiser la subordination du règlement à la loi. Bref, l'émancipation du pouvoir réglementaire est en marche, dès avant 1914.

953. Dans le modèle de la monarchie limitée, les interventions législatives ne sont donc que des barrières à l'exercice du pouvoir réglementaire autonome. Toute matière non déjà légiférée, ou non réservée à la loi, autorise l'exercice autonome, libre et spontané, du pouvoir réglementaire. Autrement dit, la loi est une simple *limite* à l'exercice du pouvoir réglementaire, elle n'en constitue jamais la *condition.* Là réside précisément le problème que pose le pouvoir réglementaire autonome dans l'idéal républicain orthodoxe.

b) L'objection de Carré de Malberg

954. Il a déjà été démontré que le pouvoir réglementaire autonome est un impensé du constitutionnalisme de Carré de Malberg (*cf. supra,* n°484 s.), qui incarne – sur ce point – l'idéal républicain le plus orthodoxe. Le modèle de la monarchie limitée y fait figure de hantise, tant il rappelle les Chartes de 1814 et 1830, et évoque le *Reich* allemand de 1870. Dans l'idéal républicain, le domaine de la loi est donc celui de la règle initiale[197]. Il n'existe aucune matière réservée à la loi, ou plutôt *toutes les matières* – non encore légiférées – sont réservées à la loi. La réserve de loi est totale. Il en résulte que, à la différence du modèle allemand, la loi est non seulement la *limite*, mais surtout la *condition* du pouvoir réglementaire[198]. A l'idée que le pouvoir réglementaire ne peut contrarier la loi (et doit donc se maintenir *infra legem*), Carré de Malberg ajoute qu'il ne peut s'exercer qu'à la suite d'une loi (c'est-à-dire *secundum legem*). Aucune matière *non déjà légiférée* n'est donc ouverte à l'intervention *spontanée* du pouvoir réglementaire. En un mot, le pouvoir réglementaire autonome ne saurait exister[199] : *« Il n'existe aucun domaine matériel dans lequel le Chef de*

[197] *« Dans tous les domaines donc, il est réservé aux Chambres de faire législativement l'acte de volonté initiale et supérieure, et qui consiste, soit à édicter les règles de la matière par leurs propres lois, soit à prescrire que ces règles seront édictées par l'Exécutif par ses propres décrets. »* (CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.84-85)
[198] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.488, et p.582, note 6
[199] *ibid.,* p.494 et s., p.558-561, p.651 et s.

l'Exécutif possède, parallèlement aux Chambres, une puissance régulatrice capable de s'exercer d'une façon indépendante et spontanée. » [200]

955. Toujours est-il que la position de Carré de Malberg confirme *a contrario* la thèse selon laquelle, dans le système parlementaire, la reconnaissance d'un domaine minimum de la loi est un préalable indispensable à l'admission du pouvoir réglementaire autonome. La réserve de loi, en rationalisant l'exercice des fonctions primaires de législation permet d'envisager l'existence de matières *non réservées* au Parlement, laissées à la libre régulation de l'Exécutif. Le régime législatif ultra-marin confirme cette analyse.

2) L'admission avérée du pouvoir réglementaire autonome ultra-marin

956. Le pouvoir réglementaire colonial est souvent présenté comme la manifestation par excellence du pouvoir réglementaire autonome [201]. Il convient cependant d'opérer des distinctions. Seule la Constitution du 27 octobre 1946 institue un véritable pouvoir réglementaire autonome ultra-marin (b). Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 demeure une loi d'habilitation ordinaire (a).

a) Le Sénatus-consulte *du 3 mai 1854 : l'usage d'une habilitation encore législative*

957. Il a déjà été démontré que, sous la IIIe République, le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 demeure en vigueur à valeur de loi ordinaire (*cf. supra,* n°401 s.). Il s'apparente alors à une loi d'habilitation classique autorisant l'exercice, sans condition de délai, d'un pouvoir réglementaire *praeter legem*, en certaines matières et en certaines colonies. En agissant sur son fondement, le Président de la République fait encore usage d'une habilitation formellement législative. Son action n'est donc pas *spontanée,* mais conditionnée par la préexistence de l'habilitation législative que constitue le *Sénatus-consulte.* De ce point de vue, les règlements coloniaux demeurent soumis à la condition *secundum legem* ; en la matière, le Président de la République « exécute » le *Sénatus-consulte*, conformément à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 [202]. L'analyse de Carré de Malberg se trouve

[200] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.60

[201] v. CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.261 et s. ; MASPETIOL, R., « Le problème de la loi et ses développements récents en droit public français », *art. cit.,* spéc. p.55 et s. ; DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.226 et s.

[202] Cette analyse – devenue classique – est celle de Pierre Lampué, qu'emprunte à son tour René Capitant. v. LAMPUE, P., « Le régime constitutionnel des colonies françaises », *Annales du droit et des sciences sociales*,

confirmée. Au plan formel, il n'est pas permis de considérer que le pouvoir réglementaire colonial, sous la IIIe République, est la manifestation d'un pouvoir réglementaire autonome. Le visa systématique du *Sénatus-consulte* dans les décrets considérés en témoigne.

b) L'article 72 de la Constitution de 1946 : l'exercice d'un pouvoir réglementaire désormais autonome

958. La consécration constitutionnelle du pouvoir réglementaire autonome dans la République parlementaire n'est pas une innovation de l'article 37 de la Constitution du 4 octobre 1958, mais de l'article 72 de la Constitution de 1946. La réserve de loi, mentionnée à l'alinéa 1er de cet article, permet d'envisager un pouvoir réglementaire autonome dans les TOM *« en toutes autres matières »*, comme le prévoit la combinaison des alinéas 2 et 3 (*cf. supra,* n°335, note 347). Amenée à interpréter cet article, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat confirme cette lecture. Le 13 août 1947, le rapporteur Puget considère effectivement, qu'en ces matières non réservées, le Président de la République exerce *« un véritable pouvoir législatif »*[203]. La formule est étonnante – car le rapporteur n'entend certainement pas soustraire les décrets ainsi édictés au recours pour excès de pouvoir[204] – mais témoigne de la spécificité du pouvoir réglementaire ainsi exercé. Pour l'Assemblée générale, le champ de compétence reconnue au Président de la République par l'article 72 dans les TOM comprend *« toutes les prescriptions qui ont un caractère législatif et pour lesquelles l'alinéa 1er ainsi que les autres articles la de Constitution susmentionnée (...) ne sont pas applicables »*[205], c'est-à-dire pour lesquelles l'intervention d'une loi n'est pas obligatoire. Cette référence au « caractère législatif » des règlements en question n'est sans doute pas à interpréter en un sens formel. Par-là, le Conseil d'Etat entend simplement signifier que le pouvoir réglementaire ultra-marin n'a pas nécessairement pour objet l'exécution d'une loi antérieure et qu'il s'exerce sur des matières non déjà légiférées. L'article 72 de la Constitution de 1946 réunit ainsi les conditions d'admission d'un véritable pouvoir réglementaire autonome[206] : l'alinéa 3 habilite le Président de la République à exercer *spontanément,* c'est-à-dire sans habilitation législative préalable, un pouvoir réglementaire dans les TOM, en matière *non déjà légiférée* et

1934, n°4, p.233-257 ; LAMPUE, P., « Le caractère réglementaire des décrets coloniaux », *Recueil Penant,* janvier 1937, p.1-10 ; et CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.282-287

[203] CE, Assemblée générale, 13 août 1947, précité, n°241634 ; Archives nationales – Site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/5, dossier n°131, compte-rendu des débats, p.15

[204] *cf. supra,* n°413 s.

[205] Antépénultième alinéa de l'avis.

[206] On rappelle que l'admission du pouvoir réglementaire autonome n'implique nullement l'existence d'une réserve réglementaire, c'est-à-dire la protection du domaine réglementaire ainsi consacré.

non réservée à la loi par l'alinéa 1er. Dans cette hypothèse, la loi n'est plus la *condition* du pouvoir réglementaire, elle n'en demeure que la *limite* : si le règlement ultra-marin ne peut aller *contra legem*, il est néanmoins affranchi d'agir *secundum legem.* Une loi n'a pas nécessairement à s'interposer entre la Constitution et le règlement, c'est la définition même du pouvoir réglementaire autonome.

959. La doctrine ne s'y trompe généralement pas et reconnaît, en la matière, un véritable pouvoir réglementaire autonome au Président de la République[207]. Pour Capitant, il en résulte que le Président de la République se trouve ainsi placé, dans les TOM, *« dans la situation d'un monarque limité, plutôt que dans celle d'un président parlementaire »*[208]. Au milieu des années 1950, ces considérations conduiront la doctrine – qui ne manque pas de percevoir le caractère profondément hétéronomique de cette configuration – à plaider pour un transfert de ce pouvoir réglementaire autonome vers l'Assemblée de l'Union française elle-même[209], voire à militer pour un authentique fédéralisme ultra-marin[210].

960. D'inspiration *libérale*, la réserve de loi a donc – et pour conclure sur ce point – une importante portée *gouvernementale.* En rationalisant l'exercice des fonctions de l'Etat, elle permet d'envisager l'existence de matières non réservées à la loi, ouvertes à l'intervention spontanée (règlements autonomes), ou sur habilitation (RAP et décrets-lois), de l'Exécutif. Elle rend possible une détermination quasi *horizontale* des champs du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire. Paradoxalement, donc, l'émancipation du pouvoir réglementaire n'aurait pas été rendue possible sans la formalisation progressive d'une réserve de loi.

961. Conclusion de la section : annihiler les effets de la « préférence de loi ». La réserve de loi permet de censurer l'intervention indue du pouvoir réglementaire dans les matières réservées (incompétence positive de l'Exécutif), voire d'inhiber les habilitations législatives en ces matières (incompétence négative du législateur). Mais elle n'empêche en rien le législateur parlementaire de sortir de son domaine réservé. Elle n'est qu'une *protection*

---

[207] v., LAMPUE, P., « L'Union française d'après la Constitution », *art. cit.,* p.178-183 ; LAGRANGE, M., *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer*, *op. cit.,* p.29-32 ; LAUBADERE (de), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.192 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.297 et s.

[208] CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.299. Il ajoute, plus loin, *« la participation du pouvoir exécutif à la souveraineté se survit dans les TOM alors qu'elle a été abolie dans le territoire métropolitain »* (p.333)

[209] Sur le modèle algérien (article 14 de la loi du 20 septembre 1947) v., les pistes de réformes proposées par Pierre Lampué en 1956 (LAMPUE, P., « Les attributions de l'Assemblée de l'Union française », *art. cit.,* spéc. p.378-382)

[210] v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.490 et s. ; René Capitant en est l'un des hérauts.

d'un domaine législatif *minimum*, non la détermination d'un domaine législatif *maximum*. La doctrine allemande l'a toujours entendu ainsi. Ainsi Laband écrit-il : *« c'est une erreur d'admettre que l'on ne prend la voie de la législation que dans le cas, où le droit* exige *de la prendre. »*[211] En d'autres termes, la « préférence de loi », c'est-à-dire la *force formelle* (ou *autorité formelle*) de la loi – sa supériorité hiérarchique sur tous les autres actes de l'Etat – est sans limites[212]. S'il existe un domaine réservé à la loi, il n'existe en retour aucun domaine exclu de la compétence législative. Toute matière – même non *réservée* – est susceptible d'être *légiférée.* Le Conseil d'Etat[213] et la doctrine française[214], y compris la plus favorable au pouvoir réglementaire autonome, le reconnaissent sans difficulté. Le Parlement n'est jamais enserré dans le domaine de la réserve.

962. La « préférence de loi » anéantit donc toute tentative de rationalisation des fonctions de l'Etat. En effet, par sa *force formelle* (c'est-à-dire sa supériorité), la loi peut se créer un domaine législatif propre, en s'emparant simplement de la régulation d'une matière. Dans cette hypothèse, écrit Jérôme Trémeau, se produit une *« congélation de rang »* : *« l'impossibilité pour le pouvoir réglementaire de déroger aux normes supérieures gèle l'exercice de sa compétence. »*[215] La matière, pourtant non réservée à la loi, devient une *matière légiférée* qui exclut, par définition, l'exercice du pouvoir réglementaire autonome. A l'épreuve de la crise du parlementarisme, l'enjeu est donc de déterminer un domaine *maximum* de la loi, annihilant les effets de la « préférence de loi ». La solution passe par l'institution d'une *réserve réglementaire.*

---

[211] LABAND, P., *op. cit.,* p.353

[212] Pour Laband, *« l'autorité formelle de la loi, c'est le principe juridique, qu'un acte émané de la volonté de l'Empire, publié sous forme de loi, ne peut être abrogé ou modifié que par voie de législation et qu'à son tour celle-ci déroge à tous les actes antérieurs en contradiction avec elle ».* (*ibid.*). v. aussi MAYER, O., *op. cit.,* p.89 et s.

[213] Ainsi, dans plusieurs avis, le Conseil d'Etat a considéré que la réserve de loi, posée par le *Sénatus-consulte* de 1854 et l'article 72 de la Constitution de 1946, ne constitue qu'un domaine minimum réservé. Le 27 avril 1947, l'Assemblée générale que *« le Parlement conserve toujours la faculté de restreindre l'étendue* [du pouvoir réglementaire autonome du Président de la République] *ou de le supprimer en légiférant sur une matière particulière pour un ou plusieurs territoires déterminés. »* (CE, Assemblée générale, 27 février 1947, n°240435, précité), v. aussi CE, Sections réunies des finances et de l'intérieur, 23 mars 1948, n°243193, précité ; A propos de la réserve de loi énumérée dans les articles 9 à 12 du statut organique de l'Algérie du 20 septembre 1947, le Conseil d'Etat a considéré que *« cette énumération n'a pas un caractère limitatif (...) »* (CE, Sections réunies de l'intérieur et des travaux publics, 9 novembre 1948, n°245315, précité)

[214] v. MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.215-216, et p.220 ; HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 8e éd., *op. cit.,* p.59 et s. ; ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *art. cit.,* p.47 ; LIET-VEAUX, G., *Droit constitutionnel*, 1ère éd., p.174 ; VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel, op. cit.,* p.498 ; LAUBADERE (de), A., « Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois », *art. cit.,* p.486 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.49 ; WALINE, M., *Droit administratif,* 7e éd., *op. cit.,* p.120

[215] TREMEAU, J., *op. cit.,* p.30-31. Il ajoute : *« il y a création d'une réserve formelle de loi, c'est-à-dire d'un secteur réservé à la loi, non pas en considération de la matière, mais en conséquence du rang normatif des règles qui le régulent. »*

SECTION 2 :
VERS LA RESERVE REGLEMENTAIRE

963. A la différence de la réserve de loi, la réserve réglementaire est d'inspiration purement *gouvernementale.* Son objet est de rationaliser l'exercice des fonctions de l'Etat en instituant un domaine réglementaire *minimum*, donc un domaine législatif *maximum.* Elle procède – au milieu du XXe siècle – d'une volonté de contrer les effets de la « préférence de loi », dans un contexte marqué par la multiplication des lois en toutes matières et dans les moindres détails[216]. Les « congélations de rang » ainsi créées, en surface et en profondeur, rendent pratiquement impossible l'exercice du pouvoir réglementaire, sauf à recourir à de très larges habilitations législatives (les « pleins-pouvoirs »). Les décrets-lois ne résolvent pourtant que temporairement la question car, au terme de l'habilitation, le législateur recouvre son domaine antérieur, voire s'empare d'un champ nouveau par le jeu des *ratifications*[217]. Paradoxalement donc, le procédé des décrets-lois contribue, à moyen terme, à l'accroissement des matières légiférées[218]. Émerge ainsi progressivement l'idée que la pérennité de l'action gouvernementale passe, moins par l'extension temporaire du domaine du règlement, que la limitation permanente du domaine de la loi : certaines matières demeureraient, par principe, *insusceptibles d'être légiférées.* La recherche de la *permanence* irrigue donc la réflexion sur la « réserve réglementaire ». Aujourd'hui consacrée dans la Constitution, par le jeu des articles 34, 37 et 41, celle-ci suppose d'identifier un domaine réglementaire (§1) et d'en penser la protection (§2).

§1. L'identification d'un domaine réglementaire

964. L'institution d'une réserve réglementaire suppose avant tout d'identifier un *domaine* à protéger. L'idée qu'il existe un domaine normal, voire naturel, du pouvoir réglementaire traverse la doctrine et la jurisprudence des IIIe et IVe Républiques (A). Reste à en identifier les modalités de coordination avec le domaine législatif : la thèse d'une compétence réglementaire d'attribution cède progressivement sa place à celle d'une compétence de principe (B).

---

[216] v. COTTERET, J.-M., *op. cit.*, p.46-49, et les chiffres cités.

[217] Lorsqu'un décret-loi est ratifié, toutes ses dispositions – y compris celles qui, le cas échéant, demeuraient hors du champ de l'habilitation – acquièrent valeur de loi formelle.

[218] Sur cette question, v. CANNAC, H., « Pleins pouvoirs et décrets-lois », *Gazette du Palais,* 19-20 juillet 1951, p.9-11

A- DE LA CONCEPTUALISATION A L'ENUMERATION DES MATIERES REGLEMENTAIRES

965. Pareille à la théorie des « matières législatives », la théorie des « matières réglementaires » est le fruit d'une construction doctrinale et jurisprudentielle, élaborée pour faire face à des besoins pratiques. Par souci de clarté, on adoptera une présentation identique à celle de la section précédente : après avoir identifié le critère des matières réglementaires (1), on pourra tenter d'en énumérer le contenu (2).

1) Le critère de la matérialité réglementaire

966. A la faveur de sa conception *matérielle* des fonctions de l'Etat, c'est encore à la doctrine allemande de la monarchie limitée que l'on doit la réflexion sur le critère des matières administratives (a). En France, Maurice Hauriou est le principal défenseur de l'idée qu'il existerait un *« domaine naturel »* des fonctions de l'Etat (b).

a) Laband et la théorie des matières administratives

967. Comme pour la loi, il existe – chez Paul Laband – un sens *matériel* et un sens *formel* de l'ordonnance. Au sens formel, l'ordonnance (*Verordnung*) est, dans la monarchie limitée, un acte émané de l'Empereur ou du monarque. Au sens *matériel*, l'ordonnance est une *disposition administrative* (*Verwaltungsvorschrift*), par opposition aux dispositions juridiques, ou règles de droit (*Rechtsvorschriften*) que sont les lois matérielles[219] (*cf. supra*, n°898 s.). L'ordonnance matérielle, en dépit de la généralité de ses termes, ne renferme donc aucune disposition juridique ; elle n'atteint pas la sphère de capacité des individus, ne règle aucun rapport entre l'Etat et une autre personnalité juridique, bref elle se maintient à l'intérieur de *l'appareil étatique.* Le champ des ordonnances matérielles (c'est-à-dire des matières administratives) est donc celui *« [d]es règles, qui restent* dans les limites *de l'administration même, qui, en aucun sens, n'imposent des limites ou ne confèrent des pouvoirs à un individu étranger à cette administration, qui ne lui accordent rien et ne lui enlèvent rien, ne lui ordonnent rien et ne lui défendent rien (...) »*[220]. A la différence des matières législatives – qui forment, et *« façonnent »*[221] le Droit, c'est-à-dire les droits et devoirs des individus – les matières administratives sont *« subordonnées »*[222] au Droit, de sorte que l'Etat administrateur

[219] LABAND, P., *op. cit.,* t.2, p.379-380
[220] *ibid,* p.519
[221] *ibid.*
[222] *ibid.*

n'agit que dans les limites fixées par l'Etat souverain. Pour Laband, le critère de la matérialité administrative est donc l'absence d'atteinte aux droits et devoirs des *tiers* à l'Administration. Pour distinguer l'ordonnance matérielle de la loi matérielle, *« il importera d'établir si la mesure ne doit être efficace* qu'à l'intérieur *de l'appareil administratif ou si elle étend ses effets* au dehors. »[223] Il en résulte que le champ des matières administratives *ne se confond pas* avec celui des affaires de l'Etat[224], ni même avec celui de l'organisation de l'appareil administratif. Toute création ou institution d'une autorité administrative, dotée de prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire d'un pouvoir de commandement sur les individus, relève du Droit[225] ; donc de la loi matérielle. En revanche, l'organisation et le fonctionnement de l'activité administrative ainsi instituée, parce qu'ils n'ont d'effet que sur les *fonctionnaires,* à l'exclusion des tiers au service, s'accomplissent à l'intérieur du Droit, et constituent la matière même de l'administration[226].

968. Pour Laband, on le sait, le sens formel et matériel de l'ordonnance ne coïncident pas nécessairement[227] (*cf. supra*, n°940 s.). Seules sont qualifiées d'ordonnances administratives (*Verwaltungsverordnungen)* celles dont la forme correspond à la matière. Les ordonnances juridiques, ou règlementaires, (*Rechtsverordnungen*) sont des lois matérielles, et interviennent sur délégation des lois formelles. La distinction entre les deux types d'ordonnance n'a parfois rien d'évident, notamment lorsqu'elles prescrivent des dispositions relatives aux affaires de l'Etat. A-t-on voulu s'adresser aux seuls fonctionnaires ou, dans l'intérêt des sujets, ériger en Droit une certaine manière de régler les affaires de l'Etat ?[228] *« Pour savoir quelle est l'alternative voulue »,* écrit Laband, il faut – en dernière analyse – se référer au mode de publication, de sorte qu'une ordonnance publiée au *Bulletin des lois de l'Empire* sera érigée en une règle de droit, opposable aux tiers, tandis qu'une ordonnance non publiée conservera sa valeur administrative de *res interna*[229].

---

[223] *ibid.,* p.524

[224] *ibid.,* p.521

[225] Laband exclut ainsi, par exemple, que la constitution et la composition des tribunaux, ou les modalités de recrutement et la détermination des compétences d'une autorité administrative relèvent du champ des matières administratives. (*ibid.,* p.524)

[226] *« (...) l'installation de secrétariats et de greffes, d'instituts techniques et de bureaux, la répartition du travail dans les offices de l'Etat etc. peut être une question intérieure de l'administration, sans effet juridique d'aucune sorte pour les tiers et par suite étrangère au Droit. »* (*ibid.*). Sur ces matières administratives qui caractérisent la *« vie ordinaire de l'Etat »*, v. aussi, JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918), op. cit.,* p.271

[227] *ibid.,* p.381

[228] *ibid.,* p.521

[229] *ibid.,* p.521-522 et p.546

969. En France, cette théorie des « ordonnances administratives » sera d'un précieux secours à ceux qui chercheront à justifier le pouvoir réglementaire autonome d'organisation et de fonctionnement du service public. Mais cette réception s'opèrera au prix d'une relecture, fort éloignée, de la pensée de Laband (*cf. infra,* n°981 s.).

b) Hauriou et « l'esprit du règlement »

970. S'il refuse l'idée de Laband et Jellinek selon laquelle seule la loi pourrait consacrer des droits subjectifs[230], Hauriou n'admet pas moins qu'il existe une *« matière réglementaire, c'est-à-dire* un esprit du règlement *»* [231] qui correspond au *« domaine naturel »* [232] des fonctions administrative et gouvernementale. Dès 1916, Hauriou assimile, en effet, le *« droit réglementaire »* au *« droit disciplinaire »* de l'Etat, par opposition au *« droit statutaire ou légal »*[233] (*cf. supra,* n°516 s., spéc. n°519). Au fil du temps, il abandonne progressivement ce vocable, mais conservera toujours l'idée d'une distinction entre la couche du *« fond du droit »* [234], à laquelle appartiennent les lois, et celle de la *« police juridique »* [235], à laquelle appartiennent les règlements. La matière règlementaire – (« l'esprit ») du règlement – est donc déterminée *« par la nécessité de procéder à l'organisation hâtive de certains rapports sociaux ou par celle de mettre rapidement fin, par n'importe quel moyen, à certains troubles qui menacent l'ordre social. »*[236]

971. En définitive, pour Hauriou, c'est la *nature* du règlement, son *modus operandi* caractérisé par la révocabilité (c'est-à-dire la mutabilité), qui détermine la matière propre du pouvoir réglementaire. Son domaine est celui du *« provisoire, du révocable et du viager »* [237], là où la loi a pour objet *« le perpétuel et le définitif »*[238]. Dans ces conditions, les matières à vocation réglementaires sont celles :

> « où il y a des organisations publiques à créer et où, d'ailleurs, ces organisations ont chance d'être provisoires. Telle est l'organisation des services

---

[230] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 8e éd., *op. cit.,* p.44, note. Seulement, les droits subjectifs créés par la voie réglementaire sont, à raison du caractère précaire et révocable du règlement, *« moins acquis »* que ceux consacrés par la loi. (12e éd., *op. cit.,* p.565, spéc. note 15)

[231] *ibid.,* 8e éd., p.37, et p.54

[232] HAURIOU, M., *Précis de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.263 ; v. aussi, HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., *op. cit.,* p.245 et p.715 et s.

[233] *ibid.,* p.128 et s. et p.136 et s.

[234] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 12e éd., *op. cit.,* p.565 ; v. sur cette distinction, HAURIOU, M., « Police juridique et fond du droit », *art. cit.*

[235] *ibid.*

[236] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 8e éd., *op. cit.,* p.54

[237] *ibid.,* 12e éd., *op. cit.,* p.565, note 15

[238] *ibid.*

> nouveaux dans la métropole, et tel est à peu près tout le régime public dans les colonies ; telles sont encore les matières de police où il s'agit de parer rapidement aux dangers sans cesse renouvelés qui menacent l'ordre public. »[239]

En résumé, pour Hauriou, le domaine du règlement est celui des *« nécessités de l'Administration »*[240]. Cette analyse rejoint celle de la spécificité fonctionnelle du pouvoir réglementaire et permet d'identifier le critère de la matérialité réglementaire.

972. Une reformulation : le critère de « l'adaptation réactive ». Parce qu'elle justifie l'existence du pouvoir réglementaire dans l'Etat, *« l'adaptation réactive »*[241] – ce concept qu'on emprunte à Paolo Napoli – permet également d'identifier l'essence des matières à vocation réglementaire (*cf. supra,* n°522 s.). A la stabilité statutaire de la loi, on peut opposer l'adaptabilité réactive du règlement. Le pouvoir réglementaire réagit aux circonstances, ordinaires ou extraordinaires, et adapte le droit en conséquence. Cette conception fonctionnelle offre un critère de la matérialité réglementaire : relèvent naturellement – c'est-à-dire à raison du caractère muable du règlement – les matières qui supposent une *réaction rapide et adaptée aux circonstances* de temps ou de lieu. Les textes, la doctrine et la jurisprudence confirment cette analyse rationnelle et identifient progressivement le contenu des matières réglementaires.

2) Le contenu des matières réglementaires

973. On ne revient pas sur les *causes* de l'identification des matières réglementaires. D'inspiration gouvernementale, elle apparaît dans un contexte critique de parlementarisme absolu comme un moyen de pallier les effets de la « préférence de loi » en présentant certains objets comme propres, sinon réservés, à l'action spontanée et initiale de l'Exécutif (*cf. supra,* n°962, et n°963). Encore une fois, c'est à partir de sources éparses (a) que la doctrine et la jurisprudence (b) ont progressivement identifié le contenu des matières réglementaires (c).

a) Des sources largement prétoriennes

974. A la différence des matières législatives, les matières réglementaires ont rarement été définies dans les textes de l'histoire constitutionnelle française (i). Ce silence n'est pas sans

[239] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 12e éd., *op. cit.,* p.566
[240] HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 2e éd., *op. cit.,* p.247
[241] NAPOLI, P., « Police et société. La médiation symbolique du droit », *art. cit.,* p.136

conséquence sur la juridicité des sources des matières réglementaires avant 1958 : sont-elles dépourvues de toute portée juridique, ou procèdent de la coutume et du droit naturel ? (ii)

i) De rares sources constitutionnelles formelles

975. Contrairement aux matières réservées à la loi, rares sont les sources constitutionnelles qui déterminent les matières réglementaires. Cette raison est liée au désintérêt progressif[242], dont fait l'objet l'administration, de la part des textes constitutionnels entre l'an VIII et 1958. Même les constitutions les plus favorables à l'Exécutif demeurent largement silencieuses. Tout au plus trouve-t-on, à l'examen de ces textes, quelques dispositions éparses susceptibles d'être considérées comme laissant certaines matières à l'action plus ou moins spontanée du pouvoir réglementaire : il en est régulièrement ainsi de la *sûreté* (intérieure ou extérieure)[243] et de la *surveillance* ou de *l'organisation* des autorités administratives[244] ; et ponctuellement, des *décorations*[245], du *domaine* ou des *travaux* publics[246]. Seul le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 – dans la lignée de la loi du 24 avril 1833 – fournit un important catalogue des matières laissées, pour les vieilles colonies, à la libre compétence de l'Empereur, agissant par voie de RAP ou de décrets simples[247]. Il faut ensuite attendre la loi du 17 août 1948 – dite « André Marie » – pour trouver, avant 1958, le principal effort de systématisation des matières réglementaires « par nature » (*cf. supra,* n°582 s., et *infra,* n°989)

976. L'entreprise de formalisation des matières réglementaires n'a pourtant rien d'une innovation du XXe siècle. Le projet girondin, et la constitution montagnarde, de 1793 – (reproduits en Annexes, n°1 et 2) – contiennent déjà de très intéressantes dispositions sur la distinction entre deux types de règles de droit (les *lois* et les *décrets*) qui, bien qu'émanant toutes deux du Corps législatif, diffèrent par leur objet et par leur importance[248]. Ainsi, lit-on, dans le projet girondin : *« [l]es caractères qui distinguent les [lois], sont leur généralité et leur durée indéfinie ; les caractères qui distinguent les décrets, sont leur application locale ou particulière, et la nécessité de leur renouvellement à une époque déterminée. »*[249] (on

[242] v., LANZA, A., *op. cit.,* p.63-115
[243] v., Titre, III, Chapitre 4, art. 1 de la Constitution de 1791 ; art. 144 de la Constitution de l'an III ; art. 47 et art. 92 de la Constitution de l'an VIII ; art. 14 de la Charte de 1814
[244] v., Titre III, Chapitre 4, art. 1 de la Constitution de 1791 ; art. 147 et 197 de la Constitution de l'an III ; art. 68 de la Constitution de 1848 ;
[245] v. art. 72 de la Charte de 1814 ; art. 63 de la Charte de 1830
[246] v. art. 154 de la Constitution de l'an III ; art. 4 du *Sénatus-consulte* du 25 décembre 1852
[247] Articles 6 et 7 du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 (reproduit en Annexes, n°3)
[248] v., sur ces projets, VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire (1789-1799), op. cit.,* p.165-169
[249] Titre VII, Section 2, art. 4.

souligne) S'en suit un catalogue répartissant les matières entre les deux catégories d'actes. Le projet montagnard contient un catalogue identique et procède, de la même façon, à une distinction entre les actes compris sous le nom *général de loi,* et ceux désignés par le nom *particulier de décret*[250]. Ces dispositions sont particulièrement instructives, tant elles préfigurent la conception future de la répartition des matières législative et réglementaire. Le critère d'identification (immuabilité statutaire de la loi / adaptabilité réactive du décret) leur est parfaitement applicable.

ii) Une juridicité controversée

977. En dépit des précédents de 1793, jamais appliqués, les textes constitutionnels demeurent majoritairement silencieux sur l'existence de matières réglementaires. Qu'en déduire ? Là encore, les controverses demeurent connues. Pour les positivistes exclusifs, comme Carré de Malberg ou Gaston Jèze – qui incarnent ici la pensée républicaine orthodoxe – le silence des textes témoigne de l'absence de définition matérielle du domaine réglementaire, ou plutôt *« si l'on tient absolument à parler de matières réglementaires, il faut dire que la matière du règlement, c'est de l'exécution. »*[251] (*cf. supra,* n°441 s., spéc. n°444).

978. Pour les autres, les sources des matières réglementaires sont à rechercher dans un « au-delà » constitutionnel, c'est-à-dire dans la *coutume* ou la *nature des choses*. A la faveur de la pratique du XIXe siècle, beaucoup d'auteurs considèrent que les matières réglementaires se déterminent par les *abstentions répétées* du législateur à intervenir sur certains objets ; c'est la méthode que prône Jean Romieu dans ses conclusions sur l'affaire *Babin* (*cf. supra,* n°952) et que l'on retrouve sous la plume de Félix Moreau[252]. L'identification des matières réglementaires demeure purement factuelle : ces matières sont celles dont le législateur – pour des raisons pratiques – s'est rarement emparé, et dont il a abandonné la régulation spontanée à l'Exécutif (il s'agit donc de matières traditionnellement *non légiférées*). De ces absentions répétées du Parlement à légiférer sur certains objets, Léon Duguit tire l'existence d'une *coutume* : il a bien fallu reconnaître au Gouvernement le pouvoir *« d'organiser le service public et d'en déterminer le fonctionnement »*[253] car *« il était matériellement impossible que le*

[250] Articles 54 et 55, presque identiques aux dispositions du projet girondin.

[251] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.578-579, et p.362 ; v. aussi, JEZE, G., « Note sous CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'est* », *RDP,* 1908, p.50

[252] *« les matières administratives, l'organisation des services publics et de leurs dépendances offrent au règlement autonome un domaine immense, sans cesse grandissant, dans lequel la loi s'est rarement aventurée et l'a laissé libre. »* (on souligne) (MOREAU, F., *Le règlement administratif, op. cit.,* p.219)

[253] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., t.4, p.719

Parlement discutât et votât toutes les dispositions par voie générale ayant ce double objet. »[254] Les mêmes besoins pratiques le conduisent à admettre l'existence de règlements autonomes en matière de *police*[255]. Cette fonction de police est d'ailleurs ce qui justifie, non seulement l'existence, mais l'étendue du pouvoir réglementaire dans la théorie institutionnelle de Maurice Hauriou. C'est *« l'aptitude naturelle du règlement à régler toutes les questions »*[256], qui légitime l'action du pouvoir réglementaire dans toutes les matières nécessaires à la continuité, à l'unité et à la sauvegarde de l'Etat (*cf. supra,* n°575 s.)

979. Loin d'être une lacune, le silence des textes constitutionnels français sur la consistance des matières réglementaires ne révèle-t-il pas plutôt une vérité séculaire : ces matières sont-elles susceptibles d'être énumérées ?

b) La découverte des matières réglementaires : Conseil d'Etat et doctrine

980. Dans le silence des sources formelles, c'est évidemment la doctrine (b) et la jurisprudence (a) qui – face aux besoins pratiques – ont principalement contribué à la détermination des matières réglementaires.

i) La réception altérée des théories allemandes : l'influence de Jean Romieu

981. C'est principalement le Conseil d'Etat qui, sous le IIIe République, contribue à ancrer l'existence d'un pouvoir réglementaire autonome en matière de *police* et *d'organisation et de fonctionnement* des services publics, dont les arrêts *Labonne,* de 1919, et *Babin,* de 1906, constituent les illustrations les mieux connues[257]. L'un des principaux artisans de cette jurisprudence est Jean Romieu, qui – après avoir admis l'hypothèse de matières « naturellement législatives » – admet pareillement l'existence de matières « réglementaires par principe », en s'appuyant sur les théories allemandes de la monarchie limitée (*cf. supra,* n°919). En 1906, dans ses conclusions sur l'affaire *Babin,* il reconnaît effectivement que :

> « c'est en principe le pouvoir exécutif qui règle l'organisation intérieure des services publics et les conditions de leur fonctionnement qui ne lèsent pas les droits des tiers, c'est lui notamment qui fixe les règles du contrat entre

[254] DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel, op. cit.,* 2e éd., t.4, p.719

[255] *« avec les transformations de toutes sortes qui résultent des découvertes scientifiques, avec l'accélération et la multiplicité des moyens de transport, le besoin se fait de plus en plus sentir de mesures générales de police, et particulièrement pour la circulation, s'étendant au pays tout entier.* (*ibid.,* p.732)

[256] DELVOLVE, P., *op. cit.,* p.132

[257] v. STECK, O., *op. cit.,* p.437-496

l'Administration et ses agents, le recrutement, l'avancement, la discipline, la révocation etc. »[258] (on souligne)

Jean Romieu semble ici réceptionner le critère allemand des matières administratives, laissées à la libre compétence de l'Exécutif à l'intérieur de l'appareil administratif, dès lors qu'elles n'atteignent pas la sphère de capacité juridique des individus, c'est-à-dire n'affectent pas leurs droits subjectifs (*cf. supra,* n°967).

982. Cependant les conclusions de Romieu procèdent d'une mauvaise lecture de Laband : elles aboutissent à confondre le *pouvoir instructionnel* – appartenant à toute autorité hiérarchique pour diriger l'activité administrative – avec un *pouvoir réglementaire autonome* relatif à l'organisation et au fonctionnement des services publics, comme n'a pas manqué de le remarquer Carré de Malberg[259]. En effet, en dépit de sa position de principe, Romieu ne tire aucune des conséquences de sa théorie du pouvoir de réglementation *ad intra.* En témoigne, par exemple, l'affaire *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemin de fer*[260], à propos de laquelle Romieu esquisse, en 1904, sa théorie des matières administratives. Si le décret n'est censé produire aucun effet à l'égard des tiers, pourquoi admettre – même implicitement – la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir formé par un syndicat professionnel ? Comment, par ailleurs, considérer comme un acte interne à l'Administration un décret portant création de conseils du travail[261], dont la composition s'effectue en dehors de l'appareil administratif (par l'élection de représentants des patrons, d'employés ou d'ouvriers) et dont les attributions ont des incidences directes dans le milieu industriel ? La publication du décret au *Journal officiel* ne suffit-elle pas d'ailleurs, comme le soulignait Laband, à révéler son opposabilité aux tiers à l'Administration, l'érigeant ainsi, nonobstant son contenu, en véritable règle de droit dans l'intérêt des administrés ? Ici, sous couvert d'exercer une simple *« fonction de direction de l'action publique »*[262], l'Exécutif exerce bel et bien, un véritable pouvoir réglementaire à destination des administrés. La confusion ainsi établie par Romieu entre le pouvoir réglementaire *« ad intra »* – c'est-à-dire, au sens où l'entendait Laband, le *pouvoir instructionnel*, contenu dans les limites de l'appareil

---

[258] ROMIEU, J., « Conclusions », *Recueil Lebon,* 1906, p.363

[259] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t.1, *op. cit.,* p.661 et s. Benoît Montay relève, quant à lui, la confusion fréquemment entreprise, en doctrine et en jurisprudence, entre la *« fonction réglementaire directe »* (le pouvoir réglementaire général), la *« fonction réglementaire indirecte »* (le pouvoir formellement instructionnel mais matériellement réglementaire, à destination des tiers à l'Administration), et la *« fonction de direction impersonnelle de l'action publique »* (le pouvoir instructionnel, à destination des agents). (*ibid.,* p.279)

[260] *Cf. supra,* n°919, note n°105 et les conclusions citées.

[261] v. le Rapport présenté au Président de la République suivi d'un décret du 17 septembre 1900 portant création et organisation des conseils du travail, (J.O.R.F. du 18 septembre, p.6229).

[262] Les termes sont ceux de Benoît Montay (MONTAY, B., *op. cit.,* p.221)

administratif – et le pouvoir *réglementaire autonome organique* des services publics ne sera levée par le Conseil d'Etat qu'en 1954, grâce à l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker*[263]. Jusqu'à cette date, la théorie des matières administratives – par définition internes à l'appareil d'Etat – sert de voile à la justification du pouvoir réglementaire *praeter legem* du Président de la République en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics.

983. A la faveur de cette réception – captieuse – de la théorie allemande des matières administratives, le Conseil d'Etat considère depuis le début du XXe siècle qu'il existe des matières réglementaires *normales,* voire *naturelles.* On rappelle qu'en août 1948, c'est la Commission permanente du Conseil qui introduit cette dénomination dans le projet qui deviendra la loi du 17 août 1948 (*cf. supra,* n°583 s.) De nombreux avis témoignent, bien avant 1958, de cette conception substantielle du domaine réglementaire, notamment en matière d'organisation et de fonctionnement des services publics, comme l'illustre un avis de l'Assemblée générale daté du 23 septembre 1952 : *« la détermination de la compétence des différents fonctionnaires d'une administration publique (...) est d'ailleurs une mesure d'organisation qui ressortit tout naturellement au pouvoir réglementaire ordinaire et, au maximum, au décret simple. »*[264] (on souligne). La doctrine se convertit progressivement à cette façon de concevoir le domaine du règlement autonome.

ii) Un progressif consensus doctrinal

984. Les matières ouvertes au pouvoir réglementaire *praeter legem* spontané de l'Exécutif existent-elles ? Le cas échéant, quelles sont-elles ? Ces questions sont au cœur des réflexions doctrinales du XXe siècle. Initialement controversées, elles deviennent progressivement consensuelles à mesure que se fait sentir la nécessité de renforcer l'Exécutif.

---

[263] CE, Ass., 20 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker,* Rec., p.64 ; *RPDA,* 1955.50, concl. Tricot ; *AJ* 1954.II *bis.*5, chr. Gazier et Long ; *RDP* 1955.175, note Waline. Le Conseil d'Etat admet que des circulaires, formellement internes à l'Administration, puissent contenir des dispositions règlementaires opposables aux tiers.

[264] CE, Assemblée générale, 23 septembre 1952, « Transactions sur les poursuites des délits et contraventions en matière forestière et de pêche fluviale », n°258883, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/258 ; v aussi, par exemple, *« Le Conseil d'Etat (...) a observé que les dispositions dudit texte appartiennent au domaine réglementaire normal et que la loi du 17 août 1948 n'est pas nécessaire pour permettre leur intervention. »* (on souligne) (CE, Assemblée générale, 30 novembre 1948, « Projet de décret portant organisation de l'hygiène scolaire et universitaire dans le cadre départemental », n°245927, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/96) ; *« Les mesures prévues par le projet qui n'entraînent notamment la création d'aucun organisme administratif doté de la personnalité morale, ni d'aucun emploi budgétaire et qui ne dérogent en rien à la législation antérieure, relèvent du domaine réglementaire normal. »* (on souligne) (CE, Assemblée générale, 16 novembre 1954, « Projet de décret relatif à l'institution de Comité d'expansion économique », n°265399 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/351) ; *« le Gouvernement est ainsi habilité à modifier par décret celles des dispositions du décret susvisé du 20 mai 1955 qui auraient un caractère réglementaire, soit qu'elles relèvent du pouvoir réglementaire normal (...). »* (on souligne) (CE, Section des travaux publics, 5 novembre 1957, n°273109, précité [En ligne])

985. Sous la IIIe République, l'idée qu'il existerait un domaine ouvert au pouvoir réglementaire autonome – notamment en matière de police et d'organisation et de fonctionnement du service public – est l'objet d'importantes controverses. La doctrine *orthodoxe*, incarnée – dans la lignée d'Adhémar Esmein et de Henry Berthélemy – par Raymond Carré de Malberg et Gaston Jèze, la nie fermement, au point de n'accorder aucun intérêt particulier aux arrêts *Babin* et *Labonne,* sinon pour en dénoncer les incohérences (*cf. supra,* n°487). A l'inverse, la doctrine républicaine *hétérodoxe,* promeut l'idée de matières qui, sans lui être réservées, demeurent – factuellement (F. Moreau), pratiquement, coutumièrement (L. Duguit), voire naturellement (M. Hauriou) – ouvertes à l'intervention spontanée de l'Exécutif dans le silence de la loi. (*cf. supra,* n°978) Dans la doctrine classique donc, la controverse sur l'existence des matières réglementaires recoupe donc celle des représentations des fonctions de l'Exécutif dans l'Etat.

986. Ces considérations expliquent pourquoi, à mesure que s'atténue – sous l'effet des crises – l'idéal de « l'Exécutif-commis »[265], progresse corollairement l'idée qu'existent des matières librement et spontanément ouvertes au pouvoir réglementaire *praeter legem.* Sous la IVe République, la question n'est plus controversée. Les auteurs admettent presque unanimement l'hypothèse d'un domaine laissé ouvert au pouvoir réglementaire autonome, en matière de police et d'organisation interne des services publics. Sans surprise, la position est défendue, tant par les héritiers de l'Ecole de Bordeaux (A. de Laubadère ou R. Pinto)[266], que par les héritiers de l'Ecole de Toulouse (A. Hauriou)[267]. Plus étonnamment, en revanche, – mais c'est la preuve d'une certaine conversion doctrinale – la doctrine la plus positiviste, qui se revendique d'une fidélité à la pensée de Carré de Malberg, s'y rallie à son tour. Au milieu des années 1950, Georges Vedel, René Capitant et Marcel Waline admettent ainsi – fût-ce au prix d'un forçage de la notion d'exécution des lois (*cf. supra,* n°490 s.) – l'existence d'un pouvoir réglementaire *praeter legem*, en ces deux matières, sans toutefois le qualifier « d'autonome »[268] En 1958, la cristallisation des tensions autour des nouveaux articles 34, 37 et 41 (*cf. infra,* n°1093 s.) portera donc moins sur le principe (communément admis) de matières laissées ouvertes à la régulation libre et spontanée de l'Exécutif, que sur la *protection* de ce domaine contre les immixtions législatives, c'est-à-dire sur la réserve

---

[265] Sur cette expression, v., MONTAY, B., *op. cit.*, p.681

[266] PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., *op. cit.,* p.535-536 ; LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif, op. cit.,* p.195-196.

[267] HAURIOU, A., *Cours de droit constitutionnel et des institutions politiques : 1955-1956, op. cit.,* p.610-611

[268] VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *art. cit.,* p.156 ; CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.344-351 ; WALINE, M., *Droit administratif,* 7e éd., *op. cit.,* p.112-113

réglementaire. Jusqu'en 1958, l'exercice du pouvoir réglementaire autonome ne traduit pas l'existence d'un domaine législatif maximum.

c) L'identification des matières réglementaires : par-delà la police et l'organisation des services publics, « l'adaptation réactive »

987. La « police » et « l'organisation et le fonctionnement des services publics » sont souvent présentés comme les deux domaines ouverts, avant 1958, à l'intervention du pouvoir réglementaire autonome. Cette conception est trop restrictive. Les développements qui précèdent prouvent que les matières réglementaires ont toujours été définies et pensées en référence à *« l'adaptation réactive »*[269] (*cf. supra,* n°972). Telle est, à tout le moins, la position de la Commission permanente du Conseil d'Etat, qui, le 8 février 1949, propose la disjonction d'articles d'un « projet de loi sur la formation professionnelle » au motif qu'il y aurait *« des inconvénients à figer dans un texte de loi des dispositions dont le besoin d'adaptation aux circonstances apparaîtra nécessairement. »*[270]

i) Essai de typologie

988. Le domaine des matières à vocation réglementaire est donc susceptible d'être subsumé sous l'idée « d'adaptation réactive », tant en profondeur qu'en surface. D'une part, le règlement complémentaire adapte la loi aux circonstances qu'elle entend régir (*cf. supra*, n°775 s.), d'autre part, le règlement autonome réagit aux circonstances non prévues par la loi et adapte le droit en conséquence :

- 1° L'idée « d'adaptation réactive » permet de définir le domaine traditionnellement laissé à l'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire. Ainsi s'explique la *« densité réglementaire »*[271] des matières relatives à *l'organisation et au fonctionnement* des services publics créés par les lois ; en cette hypothèse, le règlement pose les « règles constructives »[272] (c'est-à-dire les règles procédurales) pour adapter au mieux la loi aux situations qu'elle entend réguler. Une très abondante jurisprudence, et de très nombreux avis du Conseil d'Etat, rattachent ainsi au domaine réglementaire la création, l'organisation et le fonctionnement des

[269] NAPOLI, P., « Police et société. La médiation symbolique du droit », *art. cit.,* p.136

[270] CE, Commission permanente, 8 février 1949, D.1009.CP, « Projet de loi sur la formation professionnelle », n°245528, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/92 ; Les débats sont conservés aux Archives du Conseil d'Etat – site de la rue Richelieu, sous la cote 199815/3, p.37-41 ; v. encore, CE, Commission permanente, 20 juillet 1955, D.1872.CP, « Projet de loi portant réforme de l'enseignement public », n°267637, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/387, **reproduit en Annexe n°19.**

[271] OLIVA, E., *op. cit.,* p.258

[272] Sur cette notion, *cf. supra,* n°570

ministères[273]*,* ainsi que les *transferts de crédits* entre départements ministériels[274] ; le régime de la *fonction publique*[275] instituée par la loi ; la création, l'organisation et le fonctionnement *d'organismes administratifs* nécessaires à l'application de la loi[276] ; la fixation de *modalités d'examen* dans l'enseignement scolaire[277] etc. L'« adaptation réactive » explique encore l'importante matérialité réglementaire dans la fixation des *prix et taux* relatifs aux impôts, taxes et contributions instituées par les lois[278]. Il en découle, évidemment, l'importante place laissée au règlement dans la fixation des régimes de *sécurité sociale,* notamment dans la fixation des taux des cotisations et prestations[279]. Après 1958, la jurisprudence du Conseil constitutionnel, a confirmé cet état des choses dans l'interprétation du champ de réglementation du règlement complémentaire, comme l'a montré Eric Oliva[280] ;

- 2° L'idée « d'adaptation réactive » permet aussi d'identifier les matières ouvertes au pouvoir réglementaire autonome, en l'absence de loi, voire aux décrets-lois. Ici, le règlement réagit aux circonstances – ordinaires ou extraordinaires – de temps et de lieux et adapte le droit en conséquence. Il permet, en premier lieu, de réagir aux circonstances *politiques* et de la *vie en société*, pour sauvegarder l'ordre public, donc l'ordre juridique et l'Etat lui-même.

---

[273] Cette compétence réglementaire résulte, aux termes de l'exposé des motifs de la loi n°45-01 du 24 novembre 1945 relative aux attributions des ministres du Gouvernement provisoire de la République et à l'organisation des ministères (J.O.R.F. du 25 novembre, p.7826), de la *« tradition républicaine »,* constituée notamment par les lois du 29 décembre 1882 (art. 16) et du 13 avril 1900 (art. 35) ; v. encore, CE, 2 décembre 1892, *Mogambury,* précité. La loi 20 juin 1920 avait néanmoins tenté de rapatrier cette matière dans le champ du législateur ; cette tentative est restée *« lettre morte »*. (STECK, O., *op. cit.,* p.504)

[274] CE, Commission permanente, 17 mai 1949, D.1082.CP, « Projet de loi relatif à diverses dispositions d'ordre financier », n°247773, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/118 ; CE, Commission permanente, 10 mai 1951, D.1343.CP, « Projet de loi relatif au développement des crédits affectés aux dépenses militaires de fonctionnement et d'investissement pour l'exercice 1951 », précité

[275] v. les jurisprudences citées par STECK, O., *op. cit.,* p.470 et s. ; v. encore la loi n°46-2294 du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires (J.O.R.F. du 20 octobre, p.8910), art. 2

[276] CE, Commission permanente, 8 février 1949, D.1009.CP, « Projet de loi sur la formation professionnelle », précité ; CE, Commission permanente, 24 janvier 1950, D.1164.CP, « Projet de loi tendant à instituer un régime de retraites pour les personnels navigant de l'aéronautique civile », n°250181, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/147 ; CE, Commission permanente, 9 septembre 1952, D.1498.CP, « Projet de loi tendant au financement de l'industrie cinématographique française », n°259117, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/260 ; Au contentieux, v. CE, 26 octobre 1956, *D'Azambuja,* Rec. p.603 ; CE, 2 février 1957, *Jockel,* Rec. p.82 ; CE, 6 décembre 1957, *Société imprimerie et éditions du patriote du Sud-Est et autres et la Marseillaise,* Rec. p.662

[277] CE, 26 octobre 1956, *D'Azambuja,* Rec. p.603

[278] CE, Commission permanente, 15 juin 1948, D.875.CP, « Projet de loi portant intégration des militaires dans l'organisation de la Sécurité sociale », n°244284, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/80 ; Au contentieux, v., CE, 4 octobre 1957, *Coopérative de motoculture de l'Orne et autres,* Rec. p.503 ; CE, 4 mai 1959, *Robin,* Rec. p.284

[279] CE, Commission permanente, 19 juillet 1949, D.1120.CP, « Projet de loi modifiant le régime agricole des assurances sociales », n°248431, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/126 ; CE, Commission permanente, 24 janvier 1950, D.1164.CP, « Projet de loi tendant à instituer un régime de retraites pour les personnels navigant de l'aéronautique civile », précité

[280] OLIVA, E., *op. cit.,* p.258-260

Ainsi s'explique la vocation réglementaire de la *police,* en temps normaux (police de la circulation[281], police des débits de boisson[282], police des cultes[283] etc.), et en temps anormaux (pouvoirs de guerre[284], pouvoirs exceptionnels en Algérie[285] etc.) Le règlement permet, en second lieu, de réagir aux circonstances *financières, économiques et sociales*, et cela explique pourquoi – depuis les années 1920 – se multiplient les lois d'habilitation autorisant le Gouvernement à intervenir, par voie réglementaire, et nonobstant toutes dispositions législatives contraires, pour rétablir les *équilibres budgétaires* (dont relèvent les conditions d'émission des emprunts), voire pour mener des politiques *d'expansion économique* et de *progrès social*, en intervenant dans la sphère de l'économie réelle (*cf. supra,* n°194 s.).

ii) Une consécration : la loi du 17 août 1948 et les matières « réglementaires par nature »

989. Ces considérations permettent de comprendre pourquoi, depuis le milieu des années 1920, la *réforme administrative* apparaît comme l'apanage quasi-exclusif du pouvoir réglementaire. Elle traduit « l'adaptation réactive » de l'appareil administratif aux mutations des fonctions politico-sociales de l'Etat, c'est-à-dire à l'interventionnisme. Aussi, la loi du 17 août 1948 – dite André Marie – n'innove en rien lorsqu'elle définit, à son article 7, les matières *« ayant par leur nature un caractère réglementaire »*[286]. Celles-ci correspondent, peu ou prou, aux matières traditionnellement réglementaires, telles que l'on vient de les identifier : organisation, suppression, transformation, fusion, règles de fonctionnement et contrôle des services publics de l'Etat et des entreprises publiques ; limitations et suppressions d'emplois et d'effectifs dans la fonction publique ; fonctionnement, mode de financement et contrôle financier et technique des régimes d'assistance et de sécurité sociale ; conditions d'émission des emprunts du Trésor ; établissement des prix ; régimes douaniers ;

[281] Outre l'arrêt *Labonne,* v. par exemple CE, 3 juin 1958, Sections réunies des travaux publics et de l'intérieur, « Question de savoir quelles sont les compétences respectives du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire en matière de limitation générale des vitesses des véhicules automobiles en dehors des agglomérations », n°274446 [En ligne] ; v. encore, CE, 25 février 1959, *Balestre,* Rec. T., p.887

[282] CE, Assemblée générale, 9 novembre 1954, « Projet de décret tendant à la limitation du nombre des débits de boissons », n°265421, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/352

[283] v. la jurisprudence citée par Gabriel Le Bras (« Le Conseil d'Etat, régulateur de la vie paroissiale », *EDCE,* 1950, p.63-76)

[284] v., par exemple, la loi du 8 décembre 1939 modifiant l'art. 36 de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation en temps de guerre, précitée (*cf. supra,* n°162 s.)

[285] v. loi n°56-258 du 16 mars 1956 habilitant le Gouvernement à prendre toutes mesures exceptionnelles en vue du rétablissement de l'ordre, de la protection des personnes et des biens et de la sauvegarde du territoire en Algérie (J.O.R.F. du 17 mars, p.2591), art. 5

[286] Loi n°48-1268 du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier, précitée (art. 6)

conditions d'utilisation de l'énergie et répartition des matières premières etc. En un mot, il s'agit des domaines dans lesquels l'Etat doit *réagir* vite et *s'adapter* en conséquence. On comprend, dans ces conditions, pourquoi il est difficile, sinon vain, de procéder à l'énumération des matières réglementaires.

B- DE LA COMPETENCE D'ATTRIBUTION A LA COMPETENCE DE PRINCIPE

990. Dès lors qu'apparaît l'idée qu'il existe des matières à vocation réglementaire, et d'autres à vocation législative, se pose la question des modalités de leur mise en relation. Faut-il doter l'Exécutif d'une « habilitation spéciale » ou d'une « habilitation générique » ? Autrement dit, faut-il lui conférer une compétence d'attribution[287] (définie positivement) ou compétence de principe – c'est-à-dire résiduelle – (définie négativement) ? Ici apparaît un dilemme dans le cadre du constitutionnalisme républicain. Reconnaître la compétence de principe à l'Exécutif, en confinant le Parlement dans une compétence d'attribution, ne contrarie-t-il l'idéal républicain de la loi, expression de la volonté générale ? A l'inverse, laisser au Parlement la compétence de principe, n'est-ce pas un obstacle au caractère contingent et variable du domaine du règlement, amené à réagir aux circonstances et adapter le droit en conséquence ?

991. A la faveur de l'idée « d'adaptation réactive » – et malgré de vives controverses – la seconde lecture l'emporte en 1958. Il apparaît nécessaire de confier une compétence de principe, résiduelle et indéfinie, au pouvoir réglementaire plus apte que le législateur à intervenir en toutes matières et en toutes circonstances. *« Les dangers qui menacent l'ordre public,* écrit Hauriou dès 1892, *changent à chaque instant de nature ; le règlement seul est assez souple et assez rapide pour réussir à y parer. »*[288] Il est impossible, dans ces conditions, d'établir une liste exhaustive des matières réglementaires, *mouvantes* par définition. En 1959, quelques mois après l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution, Louis Bertrand – maître des requêtes au Conseil d'Etat, concepteur avec Jérôme Solal-Céligny du système des articles 34, 37 et 41 du texte constitutionnel – confirme cette analyse :

> « comme le contenu de [la fonction gouvernementale] est essentiellement contingent et variable au gré des circonstances, comme en d'autres termes, le Gouvernement chargé de la conduite de la politique nationale doit faire face à toutes les situations, il est d'une meilleure technique constitutionnelle d'attribuer à l'Exécutif une compétence réglementaire de droit commun en procédant à

[287] Sur ces termes et concepts, v. TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.421
[288] HAURIOU, M., *Précis de droit administratif,* 1ère éd., *op. cit.,* p.38

l'énumération des matières réservées à la compétence du Parlement. »[289] (on souligne)

Puisque le domaine du règlement est le domaine de *l'imprévu,* toute tentative de cristallisation énumérative demeurerait vouée à l'échec. En témoigne la destinée de la loi du 17 août 1948, dont le champ est sans cesse rélargi par des lois successives[290]. Insusceptible d'énumération, « l'adaptation réactive » impose de doter l'Exécutif d'une compétence de *principe*, d'ailleurs rapidement qualifiée – par euphémisme – de compétence *résiduelle*. L'article 37, alinéa 1er, de la Constitution de 1958 n'est qu'une consécration de cet état des choses.

992. Conclusion. L'idée qu'il existerait des matières *normalement* ou *naturellement* réglementaires (c'est-à-dire à vocation réglementaire, car mieux à même d'être régulées par l'Exécutif que par le Parlement) s'impose progressivement à l'épreuve des crises du XXe siècle. Par-delà la police et l'organisation interne des services publics, c'est « l'adaptation réactive » qui semble définir le domaine laissé ouvert à l'intervention du pouvoir réglementaire autonome. Reste à assurer la *protection* du domaine réglementaire ainsi identifié, en instituant une réserve réglementaire – c'est-à-dire en fixant des frontières à la compétence du Parlement. Cette question cristallise, dès avant 1958, les plus vives tensions.

§2. Les tentatives de protection du domaine réglementaire

993. Si l'on doit à la doctrine et la jurisprudence de la IIIe République d'avoir identifié un domaine du règlement, c'est sous la IVe République qu'apparaissent les premières tentatives d'en assurer la protection. L'enjeu est alors de prévenir, sinon de réprimer, les effets de la « préférence de loi » en s'attachant à résorber le *hiatus*, toujours plus important, entre la forme de loi et les matières censément législatives. Dès le milieu des années 1950, les principaux mécanismes de protection du domaine réglementaire – consacrés en 1958 par le jeu des articles 37, alinéa 2, et 41 du nouveau texte constitutionnel – sont envisagés : en amont du vote de la loi, la concordance entre la forme et la matière législatives impose la mise

---

[289] BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *EDCE,* 1959, p.67-76, spéc. p.75 v. encore, SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *in : DPS,* vol.4*, op. cit.,* p.248 : *« comme il incombe au Gouvernement de faire face à toutes les situations, mieux vaut lui reconnaître une compétence réglementaire de droit commun en procédant – formule inverse de celle de la loi du 17 août 1948 – à la seule énumération des matières réservées à la loi. »*

[290] v., par exemple, loi n°53-811 du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier, préc. (art. 5)

en place d'une procédure *d'irrecevabilité* (A) ; en aval du vote de la loi, elle impose celle d'une procédure de *déclassement* (B).

A- EN AMONT DE LA LOI : VERS UN MECANISME D'IRRECEVABILITE

994. Protéger le domaine réglementaire suppose d'empêcher qu'un acte en *forme* législative intervienne sur une *matière* réglementaire. En amont du vote de la loi, cette protection est *préventive.* Il convient de s'assurer qu'aucun projet ou proposition de loi ne condamne – par sa force formelle à venir – la régulation par l'Exécutif d'une matière censée lui appartenir. L'enjeu est donc d'empêcher les *évocations législatives* indues[291]. *De lega lata,* cette protection s'opère grâce à l'action du Conseil d'Etat qui – au stade de l'examen des projets de loi – procède à des disjonctions d'articles et formule des recommandations (1). *De lege ferenda,* elle suppose la mise en place d'un système d'irrecevabilité opposable au législateur au stade de la discussion parlementaire (2).

1) *De lege lata* : les corrections opérées par le Conseil d'Etat

995. En rendant obligatoire sa consultation sur les projets de loi, l'ordonnance du 31 juillet 1945 permet au Conseil d'Etat de réguler, *de facto* sinon *de jure,* la répartition des compétences entre le législateur et l'Exécutif. Son concours, en la matière, est d'ailleurs sollicité par le président du conseil André Marie, comme en témoigne la circulaire du 25 août 1948[292]. Au moyen de *disjonctions* (a) opérées dans les projets de loi, de *reformulation* (b) des projets de loi de ratification ou de *recommandations* (c) adressées au Gouvernement, le Palais Royal parvient à instituer une quasi réserve réglementaire.

a) La disjonction des dispositions réglementaires des projets de loi

996. Pour éviter les « congélations de rang » (liées à l'évocation d'une matière par le Parlement), le Conseil d'Etat opère, au sein des projets de loi soumis à son examen, la

[291] Par analogie avec sa terminologie en procédure civile, l'*évocation* peut être définie comme la faculté appartenant au Parlement de s'emparer de l'ensemble d'une matière par l'effet de la force formelle (c'est-à-dire de la supériorité) de la loi. Il se produirait, dans cette hypothèse, une « congélation de rang », v. TREMEAU, J., *op. cit.,* p.30-31 (*cf. supra,* n°962)

[292] Quelques jours après la promulgation de la loi du 17 août 1948, André Marie s'adresse ainsi à ses ministres : *« J'ai l'honneur de vous demander, en vue de satisfaire le vœu exprimé par le législateur lui-même, de veiller à ce que les projets de loi préparés par vos services n'empiètent plus sur le domaine réglementaire. (…) J'ajoute que j'ai demandé à M. le Vice-Président du Conseil d'Etat de charger la Haute Assemblée d'examiner avec cette préoccupation les projets de loi qui lui sont communiqués, pour avis, avant leur adoption en Conseil des ministres. »* (Circulaire du 25 août 1948, n°5194, citée par COTTERET, J.-M., *op. cit.,* p.70-71)

disjonction des dispositions qu'il considère comme purement réglementaires. Les exemples sont très nombreux. Ainsi la Commission permanente, ou l'Assemblée générale, prennent garde, soit de disjoindre *purement et simplement* d'un projet de loi les dispositions considérées comme réglementaires[293] – ou devenues réglementaires à la suite de l'habilitation permanente consentie par la loi du 17 août 1948[294] –, voire d'opposer un *avis négatif* à l'ensemble d'un projet considéré comme relavant intégralement du domaine du règlement[295], soit de proposer au Gouvernement de présenter un *projet de loi-cadre*, en renvoyant à des RAP le développement de ses dispositions[296]. Afin d'éviter les évocations législatives implicites, le Conseil d'Etat s'oppose d'ailleurs à tout projet de loi ayant pour objet de

---

[293] v., par exemple, CE, Commission permanente, 8 février 1949, D.1009.CP, « Projet de loi sur la formation professionnelle », n°245528, précité **(*cf.* Annexe n°8)** ; v. encore, CE, Assemblée générale, 16 mars 1948, « Projet de loi modifiant et complétant la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention et instituant des licences dites « licences obligatoires » », n°243198, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/65 : *«c'est dans [un] règlement que seront insérées certaines mesures de détail qui figuraient dans le texte du projet primitif du Gouvernement et qui en ont été distraites par le seul motif que leur place normale n'est pas dans la loi, mais dans un décret (procédure à suivre devant la Commission – présentation devant la Commission des licences obligatoires d'observations par les ministres) (...) »* (on souligne) ; v. encore, CE, Commission permanente, 22 février 1949, D.1024.CP, « Projet de loi sur les hôpitaux et hospices civils », n°246720, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/107 : *« La Commission permanente a vu un inconvénient à ce que la durée de nomination et le mode de renouvellement des membres de la Commission administrative et de la Commission hospitalière départementale soient fixés dans la loi. (...) Elle en a renvoyé la détermination à un RAP. »*

[294] CE, Assemblée générale, 6 juillet 1950, « Projet de loi relatif au code financier », n°251660, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/165 : *« L'incorporation de la loi du 13 août 1940 sur l'organisation de la production forestière dans le projet de Code pourrait conduire à restituer, à des dispositions dont l'article 7 de la loi du 17 août 1948 sur le redressement économique et financier avait reconnu la nature réglementaire, une valeur législative, pouvant interdire par la suite leur modification par décret. Il a, dès lors, paru plus opportun au Conseil d'Etat de disjoindre lesdites dispositions alors que d'ailleurs, cette disposition ne nuit pas à la présentation et à la compréhension du texte. »* ; v. encore, CE, Commission permanente, 3 décembre 1949, D.1137.CP, « Projet de loi relatif aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1950 », n°249637, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/140 : *« La Commission permanente préfèrerait que le texte de l'article 29 soit disjoint, la matière étant devenue règlementaire en vertu de la loi du 17 août 1948 et la valeur nominale minimum des actions ayant déjà fait l'objet de deux décrets successifs pris en exécution de cette loi. »*

[295] CE, Section des finances, 2 juillet 1946, « Projet de loi tendant à compléter la loi du 21 mars 1928 portant réforme du régime de retraites des ouvriers des établissements industriels de l'Etat », n°238044, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/3 : *« il n'est pas indispensable de soumettre au Parlement le projet dont [la Section] a été saisie, la réforme projetée par le ministre des finances pouvant se faire par voie réglementaire. »* (on souligne) Dès le 5 mars 1946, s'agissant des droits des ayants-causes des ouvriers desdits établissements, la Section avait considéré : *« qu'il résulte des principes généraux du droit que de telles précisions, dans la limite des maximums globaux fixés par la loi elle-même, sont du domaine réglementaire comme concernant seulement l'application des règles législatives générales. »* (on souligne) (même source) ; CE, Assemblée générale, 25 septembre 1952, « Projet de loi tendant à valider et à modifier la loi n°808 du 26 août 1942 ayant pour objet la reconstitution des archives hypothécaires détruites ou disparues au cours de la guerre », n°258086, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/248 **(*cf.* Annexe n°13)**

[296] CE, Commission permanente, 20 juillet 1955, D.1872.CP, « Projet de réforme de l'enseignement public », n°267637, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/387 **(*cf.* Annexe n°19)** ; v. encore, CE, Assemblée générale, 23 juin 1949, « Projet de loi fixant le statut des chefs coutumiers en AOF et AEF », n°247294, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/113. **(*cf.* Annexe n°9)** Les débats sont conservés, sur le même site, sous la cote 19990026/9

modifier ou d'abroger des dispositions auparavant réglées par décret[297]. Bien avant l'entrée en vigueur du mécanisme des articles 34 et 37, en 1958, le Conseil d'Etat procède donc à une répartition des compétences législatives et réglementaires, sur le fondement du critère dégagé par ses propres sections.

b) La reformulation des projets de loi de ratification

997. Sous la IVe République, nombreux sont les décrets-lois qui – pour des raisons pratiques – contiennent, aux côtés des dispositions abrogeant ou modifiant la législation formelle en vigueur et soumises à une clause de ratification, des dispositions purement complémentaires des lois. Au sein d'un même *instrumentum* figurent alors des dispositions de nature différente : les unes, prises sur le fondement de l'habilitation législative spéciale, sont soumises à la ratification ; elles forment le décret-loi proprement dit, et manifestent une vraie fonction *primaire* de législation. Les autres, édictées en vertu du pouvoir réglementaire complémentaire, n'exigent aucune forme de ratification ; elles eussent pu (ou dû) figurer dans un RAP, voire dans n'importe quel décret, et manifestent une simple fonction *secondaire* de législation[298]. Or, ce décalage entre un même *intrumentum* et les différents *negotia* qu'il renferme pose de sérieuses difficultés au stade de la ratification. Car, ratifier en bloc les dispositions d'un décret-loi reviendrait à convertir en loi celles d'entre-elles qui, purement complémentaires des lois, eussent dû demeurer réglementaires. Pour éviter une évocation législative par l'effet des ratifications, le Conseil d'Etat s'attache à reformuler les projets soumis à son examen. Ainsi, le 29 décembre 1953, saisie d'un projet de loi de ratification des décrets-lois édictés sur fondement de l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier (au profit du ministère Laniel), la Commission permanente modifie la rédaction de l'article unique soumis à son examen. La formule initiale

---

[297] v., par exemple, CE, Commission permanente, 5 décembre 1950, D.1259.CP, « Projet de loi de finances pour l'exercice 1951 », n°253180, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/184 **(Annexe n°10)**. Les débats sont conservés aux Archives du Conseil d'Etat – site de la rue Richelieu, sous la cote 199815/4, p.452-454 ; v. encore, CE, Commission permanente, 14 mars 1953, D.1562.CP, « Projet de lettre rectificative au projet de loi portant réforme des lois d'assistance », n°261017, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/286 : *« La disposition faisant l'objet de l'article 44 bis ne peut pas être maintenue (...) parce qu'une disposition de loi n'est pas nécessaire pour abroger un décret. »* (on souligne)

[298] v., par exemple, le décret du 30 juin 1934 relatif à la circulation des véhicules sur les voies publiques (J.O.R.F. du 4 juillet 1934, p.6710) pris sur de l'article 36 de la loi de finances du 28 février 1934 autorisant le Gouvernement à prendre, par décrets, toutes mesures d'économies qu'exigera l'équilibre du budget. Les articles 2, 3 et 4 du décret, réglementant et limitant les dimensions, le poids et les charges maximaux autorisés des véhicules routiers, sont effectivement de nature à entraîner une diminution des frais d'entretien des voies publiques. Ils constituent le décret-loi proprement dit. L'article 5, en revanche, réglemente les distances de croisement et dépassement. Il n'a aucune répercussion sur les dépenses publiques, et n'entre pas dans le champ de l'habilitation de 1934. v., sur cette affaire, CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels,* précité

du Gouvernement – *« Sont ratifiés les décrets dont la liste est annexée au présent projet »* – est remplacée par une formule plus restrictive : *« Sont ratifiés, en tant qu'ils n'ont pu intervenir qu'en exécution des pouvoirs conférés à l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953, les décrets dont la liste est annexée à la présente loi »*[299]. Dans sa note, la Commission permanente s'en justifie de la façon suivante : *« cette modification* [est proposée] *pour éviter que la ratification risque de dessaisir le Gouvernement de ses pouvoirs à l'égard des dispositions purement réglementaires contenues dans les décrets annexés ».* La même position est systématiquement réitérée par la suite[300]. Elle procède de l'idée que la *matière* prime sur la *forme* de l'acte. Elle est le corollaire de la théorie, consacrée par le Conseil d'Etat, d'après laquelle il existerait une distinction à faire dans le régime des dispositions contenues au sein d'un même texte, selon leur nature intrinsèque[301] (*cf. infra*, n°1034, note 403).

c) Les recommandations dans l'usage des habilitations

998. Pour protéger le domaine réglementaire, le Conseil d'Etat procède enfin à des recommandations adressées au Gouvernement dans l'usage qu'il devra faire des habilitations que lui confère le Parlement. Ainsi, le 1er juin 1958, à l'occasion de l'examen du projet de loi de « pleins pouvoirs » – qui allait devenir l'une des lois du 3 juin 1958 – la Commission permanente prend soin *« d'attirer l'attention du Gouvernement sur <u>l'intérêt de ne pas conférer inutilement le caractère législatif</u> aux mesures qu'il sera amené à prendre et de recourir aussi largement que possible aux différentes procédures qui lui permettent d'agir par voie réglementaire, notamment par application de la loi du 17 août 1948. »*[302] (on souligne) Cet avis exprime une position constante. Tout au long de la IVe République, le Conseil d'Etat avertit le Gouvernement sur l'inutilité de faire usage des pouvoirs spéciaux –

[299] CE, Commission permanente, 29 décembre 1953, D.1639.CP, « Projet de loi tendant à la ratification des décrets pris en application de l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier », n°263164, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/316. Les débats sont conservés aux Archives du Conseil d'Etat – site de la rue Richelieu, sous la cote 199815.

[300] v., par exemple, CE, Commission permanente, 25 novembre 1958, D.2188.CP, « Projet d'ordonnance relative aux marchés d'intérêt national et aux Halles centrales de Paris », n°276139, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/541. Ce projet d'ordonnance, pris en vertu de l'article 92 de la nouvelle Constitution (qui deviendra l'ordonnance n°59-44 du 6 janvier 1959 (J.O.R.F. du 7 janvier, p.376)), ratifie une série de dispositions édictées par décrets. La Commission permanente propose l'adjonction d'un alinéa au terme duquel : *« toutefois, lesdits décrets n'auront force de loi qu'en celles de leurs dispositions qui portent sur les matières énumérées à l'article 34 de la Constitution. »*

[301] v., CE, Sect., 8 mars 1957, *Rozé,* précité (*cf. supra,* n°872)

[302] CE, Commission permanente, 1er juin 1958, D.2163.CP, « Projet de loi relatif aux pleins-pouvoirs », n°274560, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/510

conférés par les différentes lois d'habilitation – lorsqu'existe une procédure réglementaire ordinaire pour réaliser la réforme entreprise[303]. De cette façon, par le simple exercice de ses attributions consultatives, le Conseil d'Etat parvient à protéger *de lega lata,* et *de facto,* sinon *de jure,* le domaine réglementaire.

2) *De lege ferenda* : un système opposable au législateur

999. Sous la IVe République, la propension du législateur à intervenir en toutes matières et dans les moindres détails accrédite l'idée de la nécessité d'une protection du domaine réglementaire. Si certains acteurs en appellent à la *« sagesse »*[304] du Parlement, d'autres envisagent un système opposable au législateur lui-même. Deux projets méritent de retenir l'attention[305], tant ils préfigurent le système retenu en 1958 (a), tout en recueillant l'opposition de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (b).

a) Les projets d'Antoine Pinay (1952) et de Guy Petit (1956)

1000. Si les projets d'Antoine Pinay (i) et de Guy Petit (ii) ne sont pas inconnus de la doctrine constitutionnelle de la Ve République[306], leur analyse n'a jamais été véritablement entreprise. L'ouverture des archives du Conseil d'Etat permet aujourd'hui de réaliser cette étude. On peut présenter le contexte, les motifs et la facture de ces différents projets, avant d'en proposer une appréciation critique.

---

[303] v., par exemple, CE, Section des travaux publics, 9 novembre 1954, « Projet de décret relatif au prix de la betterave et portant diverses dispositions concernant les distilleries d'alcool de betterave et les cultures de remplacement », n°265442, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/352 : *« Le Conseil d'Etat (...) n'a pas cru devoir adopter dans le cadre des pouvoirs spéciaux conférés au Gouvernement par la loi du 14 août 1954, les articles 1er et 2 dudit projet, dont les dispositions peuvent être prises conformément aux procédures instituées par les textes relatifs aux prix et notamment par l'ordonnance du 30 juin 1945. »* (on souligne) ; v. aussi CE, Assemblée générale, 28 septembre 1953, « Projet de décret relatif à l'organisation des marchés agricoles », n°262489, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/305 : le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas nécessaire de recourir aux pouvoirs spéciaux résultants de la loi du 11 juillet 1953 pour créer des organismes consultatifs appelés à concourir à l'orientation de la production agricole et à l'amélioration de sa qualité ; CE, Commission de la fonction publique, 15 mai 1957, « Projet de décret tendant à fixer les conditions d'accès des agents de surveillance des Eaux et Forêts français-musulmans dans les corps des agents techniques des Eaux et Forêts en Algérie », n°271994, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/462 : le Conseil d'Etat considère qu'il n'est pas nécessaire de recourir à la procédure des pouvoirs spéciaux en Algérie, résultant de la loi du 16 mars 1956, pour modifier un décret simple.

[304] MARTIN, M., « Législatif et exécutif : est-il possible d'instituer une frontière rigide entre leurs domaines d'action respectifs », *Revue Pratique de Droit Administratif,* octobre 1957, p.VII-VIII, spéc. p.VIII

[305] v. encore, « Proposition de loi tendant à permettre un classement des initiatives des membres de l'Assemblée nationale selon leur caractère légal ou réglementaire, présentée par MM. Paquet, Eugène Pébellier, Jean Lainé, Goussu et Brard » (J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 14 février 1957, annexe n°4167, p.1483-1485) [En ligne]

[306] v., par exemple, FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.72 ; COTTERET, J.-M., *op. cit.,* p.71-78 ; LEROYER, S*, op. cit.,* p.326-328

i) Le projet « Pinay » portant réforme administrative : novembre-décembre 1952[307]

1001. Contexte. Le passage de la SFIO dans l'opposition en janvier 1952 marque la fin de la « troisième force ». Le retour de la droite au pouvoir, amorcé dès 1948, se traduit par la volonté de rétablir les « grands équilibres » économiques, monétaires et financiers. Pour mener à bien cette politique, rappelle Antoine Pinay dans son discours d'investiture du 6 mars 1952, *« il faut doter le Gouvernement de l'efficacité, sans rien ôter à la République »*[308], et il ajoute que l'Etat doit avoir *« les moyens d'agir dans l'ordre. »*[309] La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier offre déjà des résultats significatifs en accordant au Gouvernement les pouvoirs nécessaires pour rendre les services publics moins couteux et plus efficaces. Cette loi s'avère néanmoins rapidement insuffisante : car, comme le souligne au nom du Gouvernement, Roger Grégoire – directeur de la fonction publique – devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat en décembre 1952 : *« l'expérience a prouvé que l'application de la loi du 17 août n'a rien changé à la confusion des pouvoirs. Des matières qui, d'après cette loi, sont par nature du domaine réglementaire, ont fait cependant l'objet de propositions de loi et de vote du Parlement »*[310], grignotant progressivement l'habilitation octroyée au Gouvernement[311]. La « réforme administrative » – exigée par la réalisation d'économies dans les services publics et l'équilibre du budget – nécessite des moyens d'action supplémentaires. Or, à cette date, l'article 13 de la Constitution est encore dans tous les esprits, et le recours aux décrets-lois demeure inenvisageable.

1002. Une alternative aux décrets-lois. Le système de répartition matérielle des compétences législative et réglementaire apparaît donc, en 1952, comme une *alternative* aux décrets-lois. Dans l'esprit de ses concepteurs, il permet d'assurer le respect de l'article 13 de la Constitution, sans bouleverser les équilibres du régime parlementaire et la spécialisation fonctionnelle. Imaginée par le Secrétariat d'Etat à la fonction publique (occupé par Guy Petit) et par la Direction de la fonction publique (à la tête de laquelle figure Roger Grégoire, maître

---

[307] Les différentes versions du projet, et les échanges de lettres entre Matignon et le Palais Royal, sont conservées dans les archives du Conseil d'Etat. v., CE, Commission spéciale, 11 septembre 1952, « Projet de loi relatif à la réforme administrative », n°259115, Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/260 ; CE, Assemblée générale, 18 décembre 1952, « Projet de loi portant réforme administrative », n°259924, Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, 19990025/279. Les comptes-rendus des débats sont conservés, sur le même site, sous la cote, 19990026/17. **Ces projets sont reproduits en Annexes, n°14 et 15**

[308] J.O.D.P., Assemblée nationale, page 1183 – séance du 6 mars 1952

[309] *ibid.*

[310] Comptes-rendus des débats en Assemblée générale, p.7. Le Gouvernement est parfois lui-même à l'origine de projets de loi intervenant dans le champ des matières réglementaires par nature.

[311] v., HAMON, L., « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *art. cit.,* p.254

des requêtes au Conseil d'Etat), la répartition des compétences législatives et réglementaires est *adossée* à la réforme administrative, aux côtés de la clarification de la présentation des documents budgétaires, de la déconcentration administrative et du contrôle administratif[312]. A cette date, la répartition des domaines n'est encore qu'un moyen au service d'une fin nettement identifiée : elle est la condition *préalable* à la réforme des structures et des méthodes des services publics. L'exposé des motifs du projet du 5 décembre 1952 en témoigne. En l'absence de toute rationalisation fonctionnelle[313], règne une *« grande confusion »*[314] dans la répartition des compétences législatives et réglementaires. L'Assemblée, dont l'ordre du jour est surchargé de *« questions mineures »*[315], est amenée à se prononcer sur des *« questions techniques »*[316], bien souvent relatives au *« fonctionnement des services publics »*[317]. Ainsi, lit-on dans l'exposé des motifs :

> « Il en résulte que les Ministres ne peuvent plus, dans bien des cas, apporter de réformes au sein même des services qu'ils dirigent sans obtenir l'accord préalable du Parlement. Responsables de la bonne marche des Administrations publiques, les membres du Gouvernement n'ont plus, dans cette hypothèse, les moyens de remplir leur mission. »[318]

L'objet du projet est d'inspiration nettement *gouvernementale*. La protection d'un domaine d'action réglementaire doit permettre la réforme des services publics, et derrière la réalisation d'économies.

1003. Facture du projet. Le projet cherche donc à instituer des *« critères généraux et permanents de répartition des compétences »*[319], en distinguant les *« droits naturels »* du Parlement et les matières *« normalement »* réglementaires. Ici encore, la référence à la nature des choses – hommage indirect aux conclusions Romieu sur l'affaire *Babin* (*cf. supra*, n°919 s.) – permet de surmonter les obstacles du droit positif en présentant le projet comme purement recognitif d'un état des choses antérieur, auquel il entend revenir. Tirant les conséquences de ces éléments, le projet de « titre 1 » – reproduit en Annexe n°15 – se

---

[312] Qui constituent, aux termes de l'exposé des motifs du projet du 5 décembre 1952, les « quatre piliers » (*« principes essentiels »*) de la réforme administrative.

[313] L'exposé des motifs du projet de décembre fait mention d'une *« lacune de notre législation »* (Exposé des motifs du projet du 5 décembre, p.2). Le projet de septembre procède d'un constat identique (Exposé des motifs du projet du 11 septembre, p.3)

[314] Exposé des motifs du projet du 5 décembre, p.2. Le projet du 11 septembre fait référence à une *« confusion nuisible »* (Exposé des motifs, p.3)

[315] Exposé des motifs du projet du 5 décembre, p.2

[316] *ibid.*

[317] Exposé des motifs du projet du 5 décembre, p.2. L'exposé des motifs du projet de septembre est davantage théorique, moins directement axé sur les enjeux de la réforme administrative.

[318] *ibid.*

[319] Exposé des motifs du projet du 5 décembre, p.3

compose de cinq articles : l'article 1er pose le principe de la réserve de loi dans les matières déterminées à l'article suivant ; l'article 2 énumère les matières réservées à la loi, qui correspondent peu ou prou, au domaine du *droit statutaire* (*cf. supra,* n°922 s.). La réserve de loi ainsi consacrée n'est d'ailleurs pas absolue, en témoigne le dernier alinéa de l'article qui reconnaît l'existence d'un pouvoir réglementaire complémentaire en ces matières ; l'article 3 pose le principe de la compétence réglementaire *en toutes autres matières,* en prévoyant néanmoins la possibilité pour l'Assemblée nationale de recouvrer sa compétence sur une matière désormais réglementaire à condition de s'en saisir à la suite d'un *vote préalable* ; l'article 4 habilite le Gouvernement à codifier les dispositions énumérées à l'article 2 ; l'article 5 délégalise en bloc toutes les matières non mentionnées à l'article 2 et autorise le Gouvernement à y apporter, par décret pris en Conseil des ministres et après avis du Conseil d'Etat, les aménagements nécessaires.

1004. Appréciation critique. A ce stade, plusieurs remarques peuvent être avancées. Pour novateur qu'il soit en 1952, le projet demeure relativement conforme à l'héritage de la pensée républicaine hétérodoxe. La consécration d'une réserve de loi n'est pas une nouveauté, et les matières énumérées à l'article 2 sont pleinement conformes à celles identifiées par la doctrine classique comme relevant du domaine de la loi, défini par référence à sa dimension *statutaire.* La reconnaissance d'une compétence de principe à l'Exécutif est, elle aussi, une idée relativement ancienne. La véritable innovation est ailleurs. Elle figure dans le mécanisme de protection du domaine du règlement, prévu à l'article 3, alinéa 2, qui – en conditionnant l'évocation législative d'une matière réglementaire par le vote d'une *question préalable* à l'Assemblée nationale – pose les prémices d'un mécanisme d'irrecevabilité opposable au législateur[320]. Ce faisant, le texte est à la fois plus ambitieux et moins ambitieux que le système consacré en 1958 : si l'évocation d'une matière ne peut aboutir qu'au terme de la procédure spéciale ainsi instituée, le Gouvernement demeure néanmoins étranger au dispositif[321]. Quant à l'article 5, s'il *délégalise en bloc*[322]*,* tous les textes de forme législative intervenus dans les matières non réservées à la loi par l'article 2, c'est davantage pour

[320] Le système n'est pourtant pas entièrement inconnu du droit public français. Il se présente comme une transposition de *l'irrecevabilité financière,* pratiquée depuis la « loi des maxima » du 31 décembre 1948. v., l'article 16 de la loi n°48-1973 du 31 décembre 1948 portant fixation pour l'exercice 1949 des maxima des dépenses publiques et évaluation des voies et moyens. (J.O.R.F. du 1er janvier 1949, p.2)

[321] Alors que le système de 1958 laisse – sans condition procédurale – le Parlement libre de s'emparer de n'importe quelle matière, mais offre au Gouvernement la possibilité d'opposer l'irrecevabilité (art. 41).

[322] Si l'expression ne figure pas dans la lettre du texte, il s'agit bien de son esprit. En témoigne l'exposé des motifs du projet du 5 décembre : *« Tirant les conséquences de cette réforme, l'article 5 permettra de modifier par la voie réglementaire les dispositions législatives antérieures qui auraient dû normalement prendre la forme de règlements. »*

permettre l'exercice du pouvoir réglementaire autonome ainsi consacré, que pour protéger le nouveau domaine du règlement – car aucune délégalisation des textes législatifs *postérieurs* à l'entrée en vigueur du système n'est envisagée[323]. Formellement, enfin, le titre 1 du projet de réforme administrative du ministère Pinay se présente, non véritablement comme une coordination des compétences législatives et réglementaires, mais comme une loi d'habilitation classique – pareille au *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, voire à n'importe quelle loi de pleins-pouvoirs des années 1920-1930 – dont le champ a, par contre, la spécificité d'être défini *négativement* par référence aux matières non énumérées par l'article 2, réservées à la régulation de la loi.

1005. Examiné par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 18 décembre 1952 – qui lui oppose un avis négatif (*cf. infra,* n°1012 s.) – le projet n'est jamais déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, à raison de la chute du ministère Pinay le 23 décembre 1952. Le 25 décembre, le journal *Le Monde* révèle l'opposition du Conseil d'Etat au projet[324]. Quelques jours plus tard, Guy Petit, Secrétaire d'Etat dans le cabinet démissionnaire, tente de minimiser les conséquences de l'avis dans les colonnes du journal[325]. En janvier 1953, cette séquence conduira, René Mayer, nouveau Président du Conseil, à solliciter du Palais Royal son interprétation de l'article 13 de la Constitution, dont on sait qu'elle donnera lieu à l'avis du 6 février 1953 (*cf. supra,* n°680 s.).

ii) La proposition de loi de Guy Petit du 22 mars 1956

1006. Contexte. Secrétaire d'Etat à la fonction publique auprès de la présidence du conseil en 1952, Guy Petit est à l'origine du projet de réforme administrative établi par le ministère Pinay, jamais entré en vigueur. Quatre ans plus tard, il dépose – en tant que député du Centre national des indépendants et paysans – sur le bureau de l'Assemblée nationale une proposition

---

[323] Contrairement à l'alinéa 2 de l'article 37 qui, après avoir *délégalisé en bloc* (c'est-à-dire abrogé implicitement) tous les textes en forme législative intervenus en matières réglementaires avant 1958, ouvre la possibilité d'une *délégalisation au cas par cas*, après avis du Conseil constitutionnel, des lois intervenues après 1958 en ces matières. (Dans la première hypothèse, l'avis du Conseil d'Etat – qu'impose l'article 37, al. 2 – n'est qu'une exigence procédurale ; il ne conditionne pas l'abrogation implicite des dispositions formellement législatives, préalablement réalisée par la Constitution). (*cf. infra,* n°1147 s.)

[324] « Le Conseil d'Etat a refusé de prendre en considération le projet de réforme administrative », *Le Monde,* 25 décembre 1952

[325] PETIT, G., « Une lettre de M. Guy Petit sur le projet de réforme administrative », *Le Monde,* 31 décembre 1952 : *« je me crois autorisé à indiquer que la quasi-unanimité des quarante membres a fait ressortir au cours des débats l'intérêt primordial du principe de la séparation des compétences prévue par le projet. Il va sans dire que je demeure persuadé du fait que seule la méthode envisagée par le projet pour répondre à cette préoccupation est parfaitement valable techniquement et opportune politiquement. En résumé, il n'a pas été question pour le Conseil d'Etat de rejeter le fond d'un projet dont nul ne peut méconnaître l'intérêt. ».* Les archives permettent, au contraire, de prouver la violente opposition du Conseil d'Etat sur le projet.

de loi *« tendant à opérer un classement de principe des matières législatives par nature et à définir le domaine et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire. »* [326] Cette proposition est déposée en marge de la discussion générale, à l'Assemblée nationale, du projet de loi-cadre relative à l'évolution des territoires relevant de la France d'Outre-Mer (future « loi-cadre Deferre ») et quelques jours après l'adoption de la loi du 16 mars 1956 de « pleins pouvoirs » en Algérie au profit du Gouvernement Mollet. Le député Guy Petit considère ces deux projets inconstitutionnels, comme violant l'article 13 de la Constitution. Il s'en explique au cours de la séance du 21 mars 1956 :

> « il ne vous a pas échappé (…) que le texte de l'article 1er qui accorde une délégation de pouvoirs viole de façon flagrante la Constitution. (…) Cette Assemblée vient à peine d'être élue ; or, tout ce que le Gouvernement nous propose, c'est qu'elle lui donne des délégations de pouvoirs. A quoi sert alors le Parlement ? (…) Pourquoi veut-on empêcher l'Assemblée de faire son métier et, dans un domaine aussi important, de jouer son rôle ? (…) Jusqu'ici nous avons discuté de questions qui n'honorent peut-être pas le Parlement, telles que les invalidations ou les cooptations, mais lorsqu'il s'agit de questions sérieuses, il faudrait nous en remettre à l'Exécutif, en agissant un peu à la manière du roi Ubu ou du catoblépas, cet animal qui se dévorait lui-même. (…) Vraiment, nous ne comprenons pas l'attitude du Gouvernement qui, épris de la légalité républicaine, devrait respecter la loi supérieure qu'est la Constitution (…) Je demande à l'Assemblée nationale de réfléchir, de ressaisir la plénitude des pouvoirs pour l'exercice desquels nous ici, au lieu, à tout moment, de permettre au Gouvernement de faire ce qu'il veut sans que nous ayons aucune garantie quant à ses intentions. »[327] (on souligne)

1007. Bannir les pleins-pouvoirs – revaloriser le Parlement. Ces propos, dont il convenait de reproduire de larges extraits, témoignent des inspirations du député Petit. Comme en 1952, la répartition des domaines de la loi et du règlement apparaît comme une *alternative* aux lois de pleins-pouvoirs, permettant d'assurer le respect de l'article 13 de la Constitution. Mais la philosophie de sa proposition n'est pas purement *gouvernementale* ; elle procède également d'une volonté – *libérale* – de revaloriser le travail parlementaire, en réservant à la loi parlementaire les matières essentielles. Fait notable, c'est un parlementaire, centriste, qui défend – contre le Gouvernement socialiste de Guy Mollet – cette rationalisation des fonctions de législation, en la présentant, non comme une atteinte aux pouvoirs du Parlement, mais comme une façon de les protéger, et de permettre à l'Assemblée nationale d'assumer ses responsabilités devant la Nation. En 1958, cet argument est au cœur de la

[326] J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 22 mars 1956, annexe n°1361, p.904-905. Fait rare, la proposition de loi est soumise à l'avis du Conseil d'Etat. v., CE, Assemblée générale, 15 novembre 1956, n°269977, Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/424 ; comptes rendus des débats, cote 19990026/22, même site. **La proposition de loi est reproduite en Annexe n°20**

[327] J.O.D.P., Assemblée nationale, pages 1128-1130 – 2e séance du 21 mars 1956

justification du futur dispositif des articles 34, 37, 38 et 41 du texte constitutionnel[328]. Contrairement au projet de 1952, la proposition du député Petit n'est plus adossée à la réalisation d'une réforme ; elle procède d'une véritable philosophie constitutionnelle, ce dont témoigne le titre même de son texte : « opérer un classement *de principe* des matières législatives et réglementaires ».

1008. Facture de la proposition. Sur le fond, la proposition de loi – reproduite en Annexe n°20 – est substantiellement identique aux projets élaborés par le ministère Pinay en septembre et décembre 1952. L'exposé des motifs de la proposition de loi reproduit, au mot près, celui du premier projet du ministère Pinay ; les considérations y sont très théoriques, et détachées de toute référence à la réforme des services publics : on y lit que « *les dispositions proposées répondent à des préoccupations fort anciennes »,* que *« depuis longtemps la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat se sont efforcées de tracer la frontière entre le domaine réservé au législateur et le domaine des décisions qui relèvent normalement du pouvoir réglementaire »*[329], que Léon Blum avait lui-même *« tenté de consacrer le fruit de ces efforts doctrinaux et de ces constructions jurisprudentielles »*[330]. Ainsi, pour Guy Petit, *« le moment est venu où de plus grandes précisions peuvent être inscrites dans un texte qui se voudrait être la charte d'une réforme administrative continue »*[331]. Ces considérations confirment que l'heure n'est plus à la conceptualisation ou à l'identification des domaines législatif et réglementaire, mais à leur formalisation et à leur protection. La proposition de loi procède de manière identique aux projets de 1952 : l'article 1er pose le principe d'une réserve de loi pour les matières énumérées à l'article suivant ; l'article 2 énumère effectivement les matières législatives, sans innover par rapport aux projets de 1952 ; l'article 3 habilite l'Exécutif à intervenir spontanément et initialement par voie réglementaire dans les autres matières, sauf à ce que le Parlement ne manifeste expressément sa volonté de réguler l'une d'entre elles. C'est sur ce point que la proposition du député Petit innove ; la procédure d'évocation législative spéciale, envisagée par l'article 4, est nettement plus contraignante que celle imaginée en 1952. D'abord, seule la commission parlementaire saisie au fond a l'initiative de l'évocation d'une matière réglementaire. Ensuite, le Gouvernement conserve le droit de s'opposer à cette décision dans un délai de trois jours. En cas d'opposition, la commission parlementaire doit confirmer sa volonté de s'emparer d'une matière, et demander

[328] *cf. infra,* n°1053 s.
[329] Exposés des motifs, Documents de l'Assemblée nationale, *op. cit.,* p.904-905
[330] *ibid.,* p.905
[331] *ibid.* Cette référence à la « réforme administrative » dans la proposition de Guy Petit ne s'explique que par le copier-coller qu'il entreprend du projet de 1952.

à la conférence des Présidents l'inscription du texte à l'ordre du jour. Enfin, l'Assemblée plénière doit signifier sa volonté de poursuivre la discussion sur la matière évoquée, par un vote préalable au scrutin public.

1009. Appréciation critique. Ici encore, plusieurs remarques peuvent être formulées. Si la proposition de loi du député Guy Petit n'innove en rien sur la consécration d'une réserve de loi (domaine législatif minimum) et sur les matières énumérées, elle franchit un pas supplémentaire dans la consécration d'une réserve réglementaire (domaine législatif maximum) ; le législateur n'est certes pas enfermé dans son domaine réservé, mais l'institution d'une procédure d'évocation *spéciale* opposable au législateur entraîne la *rigidité* du partage des compétences. Le domaine réglementaire en sort protégé. Le dispositif imaginé par Guy Petit pose le principe d'une *irrecevabilité* des initiatives législatives dans les matières réglementaires, sauf à ce que le législateur manifeste très expressément la volonté de s'en saisir par une procédure longue et juridiquement, sinon politiquement, contraignante.

1010. Fait rare, l'intérêt constitutionnel que suscite la proposition de loi de Guy Petit conduit le Gouvernement à la soumettre à l'examen de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat qui, pour des raisons plus pratiques que théoriques, lui oppose un avis défavorable (*cf.infra,* n°1018 s.). La proposition de loi ne sera jamais discutée par l'Assemblée nationale.

b) L'opposition du Conseil d'Etat : d'une opposition théorique à une opposition pratique

1011. Consulté sur les projets Pinay et Petit, le Conseil d'Etat exprime, par deux fois, son opposition. A quatre ans d'intervalle, les raisons divergent néanmoins. En 1952, le projet de « réforme administrative » fait l'objet d'un avis négatif pour des raisons essentiellement *théoriques,* comme trop contraires aux principes du droit public français, sinon à « l'idée républicaine » (i). En 1956, l'opposition du Conseil d'Etat à la proposition de loi Petit résulte davantage de considérations *pratiques*, témoignant de l'impossibilité d'identifier un critère certain de répartition des compétences (ii).

i) L'opposition théorique au projet Pinay

1012. L'opposition du Conseil d'Etat au projet de « réforme administrative » du ministère Pinay est très virulente. Les archives en témoignent. Le projet est examiné le 18 décembre 1952, par une Commission spéciale et par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. Le rapport

est confié à Georges Maleville, grand défenseur de la loi du 17 août 1948[332], futur rapporteur du projet d'avis du 6 février 1953 et futur co-rapporteur du projet de loi constitutionnelle Pflimlin portant révision de l'article 13 de la Constitution de 1946 (*cf. supra,* n°757 s.)[333]. Son collègue maître des requêtes, Roger Grégoire, assure quant à lui la défense du projet au nom du Gouvernement, en tant que Directeur de la fonction publique auprès de la présidence du Conseil.

1013. Dès l'examen en Commission, le projet fait l'objet d'une vive opposition. Les commissaires rejettent le texte, à 10 voix contre 1, au stade de la discussion générale. En Assemblée générale, les critiques sont tout aussi sévères. Nombreux conseillers d'Etat y voient un projet *inconstitutionnel.* Pour Henry Puget, *« adopter le système du projet de loi, serait aller directement à l'encontre des termes de la Constitution »*[334]. A ses yeux, il appartient précisément au Conseil d'Etat de souligner cette inconstitutionnalité. Refuser d'opérer ce contrôle de la constitutionnalité intrinsèque du projet de loi serait *« abandonner le caractère essentiel de la charge que nous avons à remplir »*[335]. (Ces propos témoignent – au passage – de la perception qu'acquiert progressivement le Conseil d'Etat de son rôle constitutionnel)[336]. Pierre Seligman partage la position de son collègue, et s'engage dans une véritable diatribe contre le projet : *« J'ai été effaré, en lisant ce projet de loi, convaincu qu'il était parfaitement anticonstitutionnel (…). Aussi, je crois que nous rendrions un grand service au Gouvernement en ne votant pas ce projet. Je m'empresse d'ajouter qu'il ne faudrait surtout pas qu'il soit connu de l'opinion publique ! »*[337].

1014. Le réveil des « hantises républicaines » En vérité, le reproche adressé au projet Pinay n'est pas d'avoir énuméré le domaine de la réserve de loi. L'idée qu'il existe un domaine législatif *minimum* est acquise pour les conseillers d'Etat, en témoigne l'omniprésence des références aux conclusions Romieu sous l'arrêt *Babin*[338]. Le véritable vice d'inconstitutionnalité repose sur la tentative d'institution d'une *réserve réglementaire* – c'est-

---

[332] v., MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *art. cit.,* p.57-58 ; MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.56-63 ; MALEVILLE, G., *Conseiller d'Etat, témoignage, op. cit.,* p.111

[333] On peut en déduire, qu'à titre personnel, Georges Maleville est défavorable au projet.

[334] Comptes-rendus des débats en Assemblée générale, p.15 (Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/17)

[335] *ibid.,* p.14

[336] Dès avant 1958, la Section du contentieux s'empare de l'office de juge constitutionnel. (BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel, op. cit.*). Sous la IVe République, les Sections administratives n'hésitent pas non plus à s'immiscer dans l'interprétation de la Constitution, pour engager une vérification de la constitutionnalité intrinsèque des projets soumis à leur examen. Ce travail doctoral espère en témoigner.

[337] *ibid.,* p.18

[338] *ibid.,* p.4, p.9-10, p.11, p.16

à-dire d'un domaine législatif *maximum* – par le jeu de la procédure spéciale d'évocation législative imaginée par le projet. Les propos du conseiller Puget illustrent parfaitement cette position : *« qu'il y ait des domaines qui appartiennent au législateur, d'accord ; mais que tous les autres domaines soient réservés au Gouvernement, c'est là que nous rencontrons à mon avis un obstacle infranchissable »*[339]. L'idée même qu'il existerait des *« compétences normales »*[340] de la loi et du règlement semble inadmissible, car elle suppose qu'il existerait des matières *anormalement* législatives. Son collègue Aubert Lefas partage cette analyse et, pour déverrouiller le système, propose de faire précéder l'énumération des matières législatives de l'adverbe « notamment ». Les problèmes se poseront exactement dans les mêmes termes en 1958 : moins que les projets d'articles 34 et 37, c'est le projet d'article 41 qui passera pour *« abominable »*[341] aux yeux du Comité consultatif constitutionnel et du Conseil d'Etat, et qui justifiera la recherche d'une solution d'ouverture du domaine législatif, par la loi organique. (*cf. infra,* n°1093 s.)

1015. Pour l'heure, la proposition d'Aubert Lefas ne reviendrait-elle pas à *« détruire complètement l'édifice »*[342] souhaité par le Gouvernement ? Ces propos témoignent d'une tension, identifiée par l'Assemblée générale, entre la constitutionnalité du projet et son efficacité. Si l'ouverture du domaine – par l'adjonction de l'adverbe « notamment » – résolvait effectivement le problème constitutionnel, elle anéantirait cependant l'effet utile du projet. D'autant plus que, comme le remarque le conseiller Detton, *« dès lors qu'une question comme celle-ci est traitée autrement que par la voie constitutionnelle, la solution est à la merci du législateur. Celui-ci ne se donne qu'une directive, qu'il pourra toujours méconnaître. »* [343] En 1952, l'établissement d'une réserve réglementaire paraît donc inadmissible, comme trop contraire aux données du droit public en vigueur. Cette lecture est confirmée *a contrario* par les conseillers d'Etat favorables au projet, à l'instar de Pierre Chasserat et Philippe Renaudin : c'est précisément parce qu'ils n'y voient aucune intention de dresser de barrière infranchissable contre le législateur, qu'ils en admettent la constitutionnalité[344]. Quant à Georges Maleville (qui parle au nom de la Commission) et

---

[339] *ibid.,* p.14

[340] *« Existe-t-il un pouvoir normal du législateur, alors que celui-ci a le pouvoir de faire les lois, où, quand et comme il veut ? Il n'y a pas un pouvoir normal et un pouvoir anormal. »* (p.13)

[341] MARCILHACY, P., « L'abominable article [41] », *Le Monde,* 27 août 1958

[342] Propos du rapporteur Georges Maleville, comptes-rendus des débats, p.23

[343] *ibid.,* p.15 bis

[344] Selon Chasserat : *« On énumère d'abord certaines questions qui font partie de la compétence du législateur. En cela, nous n'innovons en rien (...) Dans un article suivant, on dit : le législateur peut s'emparer de toute autre question. On ne porte donc pas atteinte à ses droits, qui restent dans la limite de la Constitution. On lui*

Roger Latournerie, ce sont, pour eux, les conséquences de l'indétermination du domaine réglementaire qui créent la principale difficulté, car elles reviendraient à délégaliser en bloc toutes les matières non réservées à la loi, et donc à octroyer au Gouvernement une habilitation absolument générale et indéfinie dans les autres matières, pareille aux décrets-lois d'antan[345].

1016. Malgré les tentatives du représentant du Gouvernement Roger Grégoire pour présenter le projet comme un simple *« texte de procédure »*[346] que s'imposerait le législateur à lui-même (comme pour la loi des maxima), l'intention de créer une réserve réglementaire passe pour une ambition *« digne du Second Empire ou du régime colonialiste »*[347]. Le projet Pinay réveille donc – y compris devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat – les plus vieilles « hantises » de l'idée républicaine (*cf. supra,* introduction générale, n°35 s.). Comme jadis les pleins-pouvoirs avaient été refusés à Aristide Briand (1916) et sévèrement disputés à Raymond Poincaré (1924), ils sont aujourd'hui refusés à Antoine Pinay. L'Assemblée générale, à 25 voix contre 15, refuse de passer à l'examen article par article, et rejette le projet au terme de la discussion générale. Dans sa note – reproduite en Annexe n°16 – elle estime qu'il n'est *« ni souhaitable ni conforme à l'esprit général du droit public français moderne de reconnaître une compétence normale définie au pouvoir législatif et une compétence normale non définie au pouvoir réglementaire. »* Les débats se poseront exactement dans les mêmes termes, six ans plus tard, en août 1958. Pour l'heure, les structures de l'idée républicaine sont encore plus puissantes que les nécessités de la conjoncture.

1017. En dépit des termes de la note, c'est, moins l'énumération des matières législatives (le domaine législatif minimum), que la tentative d'institution de la réserve réglementaire (le domaine législatif maximum) que le Conseil d'Etat n'est pas prêt à accepter. Cet épisode de décembre 1952 témoigne du fait que l'émancipation du pouvoir réglementaire n'est pas une progression lisse et sans accroc. Il faudra les circonstances – très graves – de la situation

---

demande simplement à ce moment-là, de voter sur une question préalable ». (*ibid.,* p.17) Pour Renaudin, la formule de l'article 3 (la procédure d'évocation législative spéciale) *« n'est pas définitive ; c'est une simple idée exprimée. Ainsi l'article 2 n'aurait pas une portée limitative, mais réserve au législateur d'évoquer toujours une matière qui aurait fait l'objet d'une décision réglementaire. (...) Par conséquent, on aura tout de même posé un certain nombre de principes et il n'est pas indifférent de les poser dans un texte qui, encore une fois, sera un texte qui n'empêchera aucunement le législateur d'évoquer d'autres matières. »* (*ibid.,* p.22).

[345] *« En résumé,* déclare Roger Latournerie, *cela signifie que ce texte opère un véritable déclassement juridique de toutes les matières qui sont actuellement d'essence législative (...) Ce texte conduit à la prise de décrets, qu'on flétrissait sous un ancien Gouvernement, sous l'appellation de décrets-lois. Et ceci avec des dispositions infiniment plus étendues et aussi, je le déclare, avec des prétentions incomparablement plus étendues ».* (p.20). *« Je crois,* déclare Georges Maleville, au nom de la Commission, *que ce que l'on peut surtout reprocher à ce projet, c'est que non seulement, l'Assemblée nationale donne des pouvoirs très étendus au Gouvernement, mais encore qu'on ne saura pas exactement ce qu'elle donne au Gouvernement. »* (p.23) (on souligne)

[346] *ibid.,* p.6

[347] *ibid.*

algérienne et la volonté politique des gaullistes pour imposer, en 1958, un renversement de perspective. Ces éléments révèlent que le Conseil d'Etat n'est pas moins *« défenseur de l'Exécutif »*[348] (L. Favoreu) ou *« protecteur des prérogatives de l'administration »*[349] (A. Mestre), que gardien d'une certaine conception de la loi, et de l'idée républicaine. L'avis rendu par l'Assemblée générale en novembre 1956 sur la proposition de loi du député Guy Petit révèle cependant une évolution des esprits.

ii) L'opposition pratique à la proposition Petit

1018. L'intérêt constitutionnel de la proposition de loi du député Guy Petit conduit le Gouvernement à solliciter l'avis du Conseil d'Etat à son endroit[350]. Examinée en Section de l'intérieur le 30 octobre 1956, la proposition est soumise à l'Assemblée générale le 15 novembre, au rapport de Pierre Chasserat. Le Conseil d'Etat oppose, une nouvelle fois, un avis négatif. Mais les critiques adressées au projet sont beaucoup moins virulentes qu'en 1952[351]. Malgré l'hostilité persistante à l'idée d'une réserve réglementaire[352], le vice d'inconstitutionnalité n'est plus guère soulevé[353]. Il est même relégué au second plan, selon les propres mots du rapporteur Chasserat au nom de la Section de l'intérieur[354]. Car le contexte est différent. La « République des illusions » a fait place à la « République des tourmentes » (G. Elgey). L'enracinement de la guerre froide, la menace nucléaire, les tensions

[348] FAVOREU, L., « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis,* Paris : Dalloz, 1991, p.237-255

[349] MESTRE, A., *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 116, 1974, 312 pages

[350] Le Conseil d'Etat s'interroge brièvement sur sa compétence à l'égard d'une proposition de loi. La question ne pose en réalité aucune difficulté car, si l'ordonnance du 31 juillet 1945 demeure silencieuse sur l'examen des *propositions* de loi, elle laisse au Gouvernement la faculté de saisir le Conseil d'Etat de toutes questions sur les difficultés qui s'élèvent en matière administrative (art. 23).

[351] v. les comptes-rendus des débats conservés aux Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine, sous la cote 19990026/22.

[352] *« On peut,* indique le rapporteur Chasserat au nom de la Section de l'intérieur, *à la rigueur définir la compétence législative (…). Il est, au contraire, impossible et, par suite, dangereux de vouloir établir une liste limitative en une telle matière. »* (Comptes-rendus des débats, p.7) Il ajoute plus loin : *« il ne serait, croyons-nous, ni opportun, ni conforme à l'esprit de notre droit de la cristalliser* [nda : la détermination des compétences] *dans une énumération limitative et d'enserrer dans des règles étroites l'activité du législateur, qui doit être libre. »* (p.10)

[353] Seul le Président Andrieux considère la proposition de loi nettement inconstitutionnelle. *« Je pense qu'il est absolument impossible d'établir une distinction utile entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire qui puisse se présenter comme ne se trouvant pas en opposition flagrante avec la constitution. »* (p.27)

[354] *« Le second paragraphe de la Note qui vous est soumise a été rédigée par la Section de l'intérieur avec une certaine prudence, pour ne pas dire précisément que la proposition est anticonstitutionnelle (…). J'estime d'ailleurs que c'est secondaire si l'on admet que, en principe, il est impossible en pratique d'arriver à une délimitation insérée dans un texte de loi, définitive et complète à la fois. »* (p.19-20)

coloniales et *surtout* le durcissement – très violent – de la guerre d'Algérie[355] modifient les données du problème : il faut reconnaître au Gouvernement les moyens d'agir. Dans ces circonstances, les scrupules se relâchent. Les structures de l'idée républicaine cèdent le pas aux nécessités de la conjoncture gouvernementale. Le Conseil d'Etat admet plus facilement l'atteinte aux principes constitutionnels. Depuis 1952, à la faveur de l'avis du 6 février 1953, les décrets-lois sont d'ailleurs réapparus et ont montré leur efficacité. Donc en 1956, le Conseil se positionne davantage sur le terrain de l'opportunité que sur celui de la légalité constitutionnelle. Son opposition procède, moins de raisons théoriques, que de considérations pratiques. Le Président de la Section de l'intérieur, Georges Michel, résume cette façon de penser en déclarant que le projet est plus *« fâcheux »*[356] qu'inconstitutionnel. Trois raisons d'ordre pratique amènent l'Assemblée générale à se déclarer défavorable au projet :

1019. Une question d'ordre constitutionnel. D'abord, s'affermit l'idée que la détermination des compétences législative et réglementaire est une question d'ordre *constitutionnel* (*cf. supra,* n°932). Sa place n'est pas dans un texte législatif mais devrait procéder d'une révision de la Constitution. En témoignent les propos, déjà cités, du rapporteur Chasserat au nom de la Section de l'intérieur : *« la délimitation des compétences est une question assez grave pour qu'elle dépasse le cadre normal de l'activité législative et pour qu'elle soit traitée dans la Constitution »*[357]. Or le constituant de 1946 est expressément resté silencieux sur ce point (*cf. supra,* n°325 s.). Ainsi, une délimitation des compétences opérée au niveau simplement législatif s'avérerait, au mieux, purement inefficace (car inopposable au législateur lui-même)[358], au pire, inconstitutionnelle (car contraire à l'intention des constituants).

1020. Le risque d'un conflit de lois. Ensuite, et par conséquent, apparaît le risque d'un *conflit de lois* avec les dispositions de la loi du 17 août 1948 énumérant la liste des matières réglementaires « par nature ». *« Comment [les deux lois] pourront-elles se concilier ? En cas de conflit, laquelle devra prévaloir ? (…) Sous couleur de simplifications, ne risque-t-on pas de créer purement et simplement de la confusion ? »*[359] interroge le rapporteur Chasserat. En vérité, nombreux sont les conseillers d'Etat à faire l'éloge de la loi du 17 août 1948 et à

---

[355] v. ANDERSON, G., *La guerre civile en France, 1958-1962 : Du coup d'Etat gaulliste à la fin de l'OAS,* Paris : La Fabrique éditions, 2018, 364 pages, spéc. p.37 et s.
[356] *ibid.,* p.20
[357] *ibid.,* p.8. Le projet de note établi par la Section comprend une phrase identique.
[358] C'est ce que souligne le conseiller Fonlupt-Espéraber : *« Telle qu'elle nous est présentée, la proposition de loi de M. Guy Petit me paraît parfaitement inefficace (…). [A]ussi longtemps qu'il le voudra, le Parlement légiférera sur tout et même sur des matières sur lesquelles il ne devrait normalement pas légiférer. »* (p.23)
[359] *ibid.,* p.9

proposer d'en étendre le dispositif[360]. On en comprend aisément les raisons : rédigée par la Commission permanente du Conseil d'Etat, et validée par l'avis du 6 février 1953, la loi du 17 août 1948 n'institue aucune réserve réglementaire ; elle se présente comme une loi d'habilitation ordinaire. Surtout, elle associe le Conseil d'Etat à l'élaboration des décrets ainsi édictés, sans lui ôter le monopole de la détermination du domaine réservée à la loi, par interprétation de la « tradition constitutionnelle républicaine » (*cf. supra,* n°912). Au contraire, l'adoption de la proposition de loi Guy Petit aurait pour conséquence d'amoindrir la participation du Conseil à l'élaboration de la législation gouvernementale.

1021. L'impossibilité d'établir une énumération invariable. Enfin, et surtout, il semble impossible au Conseil d'Etat de fixer une liste *ne varietur* des matières législatives. Il existe, sur ce point, une sensible unanimité. *« C'est l'économie de notre législation que l'on risque de bouleverser »*[361], s'inquiète le rapporteur Chasserat. Plusieurs raisons peuvent être invoquées :

- Premièrement, l'énumération expresse des matières législatives semble inconciliable avec les nombreuses lois d'habilitation, intervenues depuis 1953 : *« Comment défendre les lois de pleins-pouvoirs (...) quand on aura proclamé quelles sont les matières qui, par nature, sont du domaine législatif ? »*[362] En effet, c'est le principe même des extensions du pouvoir réglementaire par la voie des lois d'habilitation – et par conséquent le dispositif bâti par l'avis du 6 février 1953 – que la coordination des domaines législatif et réglementaire semble condamner. Pis, l'énumération précise des matières législatives dans un texte formel risque de révéler au grand jour l'inconstitutionnalité des lois d'habilitation antérieures ayant, en dépit de l'avis de 1953, autorisé le Gouvernement à intervenir dans le champ des matières réservées.

- Deuxièmement, il semble *« impossible et dangereux »*[363] de dresser une telle énumération – exhaustive et définitive – des matières législatives. Ce serait *« pêcher par excès de précision »*[364]. Non seulement certaines matières paraissent difficilement classables dans l'un ou l'autre des domaines (le rapporteur cite la création des ministères, le régime de la fonction publique, les règles de prescription, les conditions d'attribution de la carte du

---

[360] Roger Latournerie considère qu'elle *« a rendu des services »* (p.17) ; Marcel Fouan remarque que *« tout le monde se félicite du système de la loi du 17 août 1948 »* (p.21) ; les Présidents Michel et Andrieux en soulignent les *« avantages »* et la *« nécessité »* (p.26 et p.27)

[361] *ibid.,* p.7

[362] Propos du rapporteur, *ibid.*

[363] *ibid.*

[364] *ibid.,* p.4

combattant et l'institution de majorations d'ancienneté pour services militaires, etc.)[365] – et toute énumération risquerait *« l'arbitraire »* [366] – mais surtout la délimitation des deux domaines apparaît comme relevant de *l'opportunité* politique et administrative. Les matières législatives et réglementaires doivent demeurer *variables,* rappelle le rapporteur au nom de la Section, *« selon la date des lois, les circonstances de leur vote et les conditions politiques. »*[367] On comprend pourquoi le Conseil d'Etat – et la doctrine en général[368] – demeurent généralement favorables à la thèse de la variabilité des domaines de la loi et du règlement : elle permet de garantir la souveraineté parlementaire (en laissant au Parlement le premier et le dernier mot dans la détermination des domaines), sans renoncer à l'efficacité de l'action gouvernementale (par le jeu des lois d'habilitation). Tel est bien l'enjeu : l'Assemblée générale craint que la détermination préfixe – et invariable – des domaines ne se traduise par une limitation du recours aux décrets-lois, donc paradoxalement par une limitation des pouvoirs du Gouvernement, étroitement cantonnés dans une sphère d'action accessoire et secondaire. Les propos de René Cassin en témoignent :

> « Il n'y a pas de doute que cette permanence pourrait entraîner des conséquences hors de proportion avec ce qui est souhaitable. Nous savons très bien que le statut des fonctionnaires est un domaine qui relève du Gouvernement. Si nous faisions un texte rigide, disant que le Gouvernement ne pourra jamais s'occuper de cette question-là, la pratique – qui n'est pas toujours mauvaise – de laisser au Gouvernement un certain pouvoir d'aménagement, se trouverait condamnée à perpétuité. Je crois que l'idée d'une « situation permanente » risquerait de bouleverser toute l'économie de notre législation et d'enlever toute souplesse à la législation à venir. »[369] (on souligne)

Le conseiller Join-Lambert considère même que le système proposé *« aurait pour effet de réduire le champ du pouvoir réglementaire. »*[370] Paradoxalement donc, les lois de « pleins-pouvoirs » et les décrets-lois semblent mieux répondre aux nécessités de l'action gouvernementale – et moins heurter l'idéal de la souveraineté de la loi – que ne le fait la réserve réglementaire, établie sur la base d'une coordination *ne varietur* des domaines de la loi et du règlement. Le Conseil d'Etat préfère s'en tenir à un système souple, fondé sur la *« coutume, la tradition constitutionnelle et sur la pratique législative »*[371] dans la lignée des propositions de Jean Romieu qui, dès 1904 et 1906, *« a dégagé des formules générales assez*

---

[365] Il s'agit des matières dont le législateur s'est régulièrement emparé au XXe siècle.
[366] *ibid.,* p.27
[367] *ibid.,* p.4
[368] *cf. supra,* n°649
[369] *ibid.,* p.28
[370] *ibid.,* p.32
[371] Ce sont les termes de sa note, reproduite en Annexe n°21

nettes pour fixer des principes toujours vrais mais aussi assez souples pour s'accommoder de l'évolution des mœurs politiques et des contingences de la vie parlementaire. »[372]

- Troisièmement, et enfin, l'Assemblée générale craint que la détermination *ne varietur* des domaines de la loi et du règlement, donc l'extension des matières laissées au règlement autonome, ne se traduise par un recul du contrôle de légalité. Car, *« le juge administratif, se trouvant en présence d'une énumération limitative* [du domaine de la loi] *ne pourra que reconnaître la compétence du règlement pour les questions qui ne peuvent être classées dans cette énumération. »*[373] Le débat se posera dans les mêmes termes après 1958, et conduira la doctrine à militer – ici selon les mots de Chapus – à la « soumission au Droit des règlements autonomes »[374] (*cf. infra,* n°1188 s.)

1022. Plaidoyer pour un système souple. Dans sa note, reproduite en Annexe n°21, l'Assemblée générale refuse l'hypothèse d'une détermination *ne varietur* des domaines de la loi et du règlement. Elle invite le Gouvernement à s'en tenir à un système souple :

> « La délimitation des compétences législative et réglementaire se trouve (…) réglée actuellement par la coutume, par la pratique législative et par la jurisprudence.
>
> Il ne paraît ni souhaitable, ni possible de tracer cette délimitation dans un texte de loi qui, eu égard aux aspects particulièrement divers de la question, ne pourrait donner la certitude de contenir une énumération complète et qui ne pourrait régler la question pour l'avenir de façon permanente et définitive. (…) Ces observations sont, d'ailleurs, confirmées par le caractère arbitraire de l'énumération contenue dans l'article 2 de la proposition susvisée et par l'impossibilité où son auteur s'est trouvé de préciser certaines de ses mentions. »

Les raisons pratiques liées à l'impossibilité d'identifier un critère de départition des domaines – certainement doublées d'une crainte de voir sa participation à l'exercice de la législation gouvernementale amoindrie[375] – conduisent donc l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à rejeter la proposition de loi de Guy Petit, soumise à son examen par le Gouvernement.

---

[372] Les propos sont du rapporteur Chasserat, *ibid.,* p.4. Seul le conseiller Heilbronner considère que *« ce régime [de détermination des domaines] largement jurisprudentiel (...) a des inconvénients incontestables pour les justiciables. Or, c'est quand même pour les justiciables que la justice existe. »* (p.22)

[373] Les propos sont encore ceux du rapporteur, *ibid.,* p.7

[374] CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Recueil Dalloz,* 23e cahier, 1960, chronique XXII, p.119-126

[375] Jusqu'alors, la loi du 17 août 1948 et le système des décrets-lois, tels que validés par l'avis du 6 février 1953, associent étroitement les sections administratives du Conseil d'Etat à l'exercice de la législation gouvernementale (*cf. supra,* n°724 s., 731 s.), autant qu'à la détermination prétorienne du domaine de la loi. En vérité, la délimitation *ne varietur* des domaines de la loi et du règlement aboutirait à ôter au Conseil d'Etat son rôle de régulateur privilégié de l'activité normative des pouvoirs publics.

1023. Les précédents que constituent les projets Pinay et Petit – et leur examen par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat – sont très utiles à l'intelligence du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire : d'une part, ils permettent de mieux comprendre les résistances opposées par le Conseil d'Etat au dispositif des futurs articles 34, 37 et 41 au cours de l'examen du projet de nouvelle constitution en août 1958 (*cf. infra,* n°1093 s.) ; d'autre part, ils révèlent que la question de la recherche d'une coordination des domaines de la loi et du règlement, et l'institution d'une réserve réglementaire par le jeu d'un proto-mécanisme d'irrecevabilité, sont bien antérieures à 1958. La même remarque peut être formulée s'agissant de la procédure de déclassement.

B- EN AVAL DE LA LOI : VERS UN MECANISME DE DECLASSEMENT

1024. Si le mécanisme d'irrecevabilité prévient les évocations législatives, le mécanisme de déclassement les réprime. Procédant de l'idée que la forme d'un acte est déterminée par sa matière, il est la traduction d'une opération consistant à restituer aux actes leur exacte qualification juridique – et, par conséquent, leur exact régime juridique – en considération de leur champ d'application[376]. Appliqué aux lois, le déclassement (ou déformalisation) prend le nom de « délégalisation ». Si le mécanisme est relativement ancien[377], il retrouve une actualité au milieu du XXe siècle, au soutien de la coordination des domaines législatif et réglementaire. Il apparaît bientôt comme l'instrument de la réserve réglementaire, permettant au Gouvernement de recouvrer un domaine indûment régulé par la loi. Consacré à l'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958, le mécanisme du déclassement est le résultat de pratiques antérieures : sous les IIIe et IVe Républiques, le Conseil d'Etat procède – *de lege lata* – à l'interprétation neutralisante des dispositions législatives empiétant sur le domaine réglementaire (1). En 1957, le ministère Mollet tente d'introduire – *de lege ferenda* – une procédure de déclassement législatif dans l'ordre juridique de la IVe République (2).

1) *De lege lata* : les interprétations neutralisantes du Conseil d'Etat

1025. L'évocation d'une matière par le Parlement conduit – à cause de la supériorité hiérarchique de la loi – à sa « congélation de rang ». Le pouvoir réglementaire devient

[376] D'un point de vue normatif, l'opération de « déclassement » se traduit par l'édiction d'une *norme d'abrogation*, soit par l'autorité hiérarchiquement compétente, soit par le juge (fût-ce par la constatation de l'abrogation implicite), autorisant la production d'une nouvelle norme (produite en vertu d'une autre habilitation) sur le champ d'application considéré. (v. sur ces concepts, TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.470)
[377] *cf. supra,* n°889 s.

incompétent pour la réguler, fût-elle de son domaine. Face à cette situation, l'autorité administrative et le juge administratif ne peuvent que s'incliner. Par ses interprétations neutralisantes des évocations législatives indues, le Conseil d'Etat parvient *de facto* à protéger le domaine réglementaire.

a) Une jurisprudence bâtie sous la IIIe République

1026. Dès la IIIe République, le Conseil d'Etat parvient, par ses interprétations, à *« minorer la portée des lois au bénéficie du pouvoir réglementaire autonome. »*[378] Dans les faits, elles reviennent à *« neutraliser »*[379] les interventions de la loi parlementaire, notamment dans les domaines de la police et de l'organisation et du fonctionnement des services publics. En faisant prévaloir l'esprit d'une loi, contre sa lettre – voire les principes généraux du droit, contre le droit positif, le Conseil d'Etat assure la sauvegarde d'un domaine réglementaire, en dépit des interventions successives du législateur. On renvoie, sur ce point, à la stimulante démonstration d'Olivier Steck[380].

b) Une jurisprudence confirmée sous la IVe République

1027. La question se pose en termes presque identiques sous la IVe République. La loi du 17 août 1948 confère au Gouvernement une habilitation – illimitée dans le temps – à réguler des matières considérées comme réglementaires « par nature », énumérées à son article 7 (*cf.* Annexe n°7). Inopposable au Parlement, cette liste n'a pas empêché le législateur parlementaire d'intervenir, par la suite et régulièrement, dans le champ des matières laissées à la compétence de l'Exécutif[381]. Ainsi, le domaine réglementaire « par nature » se trouve-t-il progressivement grignoté par les lois postérieures au 17 août 1948.

1028. Pour éviter cet écueil, et protéger l'habilitation octroyée au Gouvernement par la loi du 17 août 1948, le Conseil d'Etat procède à des interprétations neutralisantes des lois intervenues, postérieurement à cette date, dans le champ des matières réglementaires « par nature ». Dès le 3 août 1950, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat refuse la pleine rigueur du critère formel : elle a estimé, à l'occasion de la discussion d'un projet de décret, que

[378] STECK, O., *op. cit.,* p.501
[379] *ibid.,* p.502
[380] *ibid.,* p.497-505
[381] Dès le 31 décembre 1948, l'article 21 de la loi n°48-1992 portant fixation du budget général de l'exercice 1949 (J.O.R.F. du 2 janvier 1949, p.98) modifie, par exemple, la liste des autorités centrales compétentes pour approuver les budgets départementaux (matière pourtant considérée comme « réglementaire par nature » par la loi du 17 août 1948).

l'intervention de l'article 21 de la loi du 31 décembre 1948 (*cf. supra,* n°1027, note n°381) n'avait pas ôté au Gouvernement les pouvoirs qu'il tenait de la loi du 17 août 1948 pour délimiter les compétences des autorités chargées du contrôle administratif et financier des départements[382]. Elle décide que doit prévaloir l'élément *intentionnel* : le législateur avait-t-il, au cas par cas, l'intention de dessaisir le Gouvernement de la matière considérée ? C'est en étudiant les travaux préparatoires à la loi du 31 décembre 1948 que l'Assemblée générale a, en l'espèce, répondu négativement. La *fiction* du domaine réglementaire « naturel » joue pleinement : le silence du législateur est alors toujours interprété comme *n'excluant pas* dorénavant l'exercice du pouvoir réglementaire.

1029. L'Assemblée du contentieux confirme cette interprétation ; contrairement à l'invitation du commissaire du gouvernement Fernand Grévisse dans l'affaire *Ville de Lyon*[383] du 24 juin 1955, elle n'a pas reconnu au Gouvernement le pouvoir de modifier des dispositions législatives formelles intervenues *postérieurement* au 17 août 1948 dans les matières déterminées à l'article 7 de la loi ; seules les lois en vigueur à cette date demeurent susceptibles d'être modifiées ou abrogées par le Gouvernement. Elle s'en tient donc au critère formel. Néanmoins, elle considère, comme l'Assemblée générale en 1950, qu'une intervention législative formelle postérieure au 17 août 1948, dans le champ des matières réglementaires par nature, n'ôte pas par principe auxdites matières leur caractère réglementaire – sauf mention législative expresse – et n'exclut donc pas dorénavant l'usage des pouvoirs reconnus au Gouvernement par la loi du 17 août 1948 pour abroger la législation formelle en vigueur, à condition toutefois de ne jamais contrarier la législation formelle entrée en vigueur postérieurement à cette date…[384] Le système confine à l'absurde. A la fin de la IVe République, il devient presque impossible de déterminer le régime juridique d'une matière, voire d'un texte (*cf. infra,* n°1134 s.). Toujours est-il que, par cette technique d'interprétation, le Conseil d'Etat parvient *de facto* à neutraliser les effets des interventions

---

[382] CE, Assemblée générale, 3 août 1950, « Projet de décret modifiant l'article 4, 2°, de la loi du 22 décembre 1940 modifié par l'article 22 de la loi du 31 décembre 1948 relatif à la compétence des autorités chargées du contrôle administratif des départements », n°251981, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/169

[383] CE, Ass., 24 juin 1955, *Ville de Lyon et de Paris,* Rec. p.354, *D.* 1955.719 note Sirat ; *AJ* 1955.II bis.13, note Long ; *Cahiers jurid. electr. et gaz.* 1955.I.59, note Maleville, concl. Grevisse p.204

[384] On lit dans l'arrêt : *« considérant que si postérieurement à la loi du 17 août 1948 deux lois (...) sont intervenues en matière de gaz et d'électricité, ces lois n'ont eu, ni pour but, ni pour effet, d'enlever à l'ensemble de la matière envisagée, son caractère réglementaire ; il appartenait, dès lors, au Gouvernement, même après l'intervention de ces nouveaux textes, de faire usage du pouvoir réglementaire qu'il tient en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des Etablissements publics nationaux du gaz et de l'électricité, des dispositions sus-rappelées de la loi du 17 août 1948, sous la seule réserve de ne pas contrevenir aux dispositions des lois sus-mentionnées ; »*

législatives postérieures au 17 août 1948. Dans le champ des matières réglementaires par nature, le Gouvernement bénéficie désormais d'une véritable *présomption réfragable*[385] de compétence.

1030. Malgré cette jurisprudence audacieuse et complexe, rien ne permet toutefois au Gouvernement de modifier, par décret, une loi formelle intervenue, *postérieurement* au 17 août 1948, dans le champ des matières réglementaires « par nature ». Cet obstacle conduit – *de lege ferenda* – le Gouvernement de Guy Mollet à envisager l'introduction, en droit positif, d'un mécanisme de déclassement.

2) *De lege ferenda* : déclasser les lois formelles

1031. Bientôt, les interprétations neutralisantes du Conseil d'Etat ne suffisent plus à protéger le domaine réglementaire « par nature », reconnu au Gouvernement par la loi du 17 août 1948. Les lois formelles, intervenues postérieurement à cette date, grignotent au fil du temps le champ d'action gouvernementale. Dès novembre 1956, à l'occasion de l'examen de la proposition de loi Petit par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le Président Andrieux relève l'intérêt qu'il y aurait à décider *« que les matières déclarées réglementaires par la loi du 17 août restent réglementaires, alors même que le législateur, qui est intervenu à nouveau après le vote de la loi, ait introduit dans le texte des dispositions abrogeant ou modifiant cette loi. »*[386] C'est ce qu'entend consacrer le projet de « réforme administrative » préparé par le Secrétariat d'Etat à la fonction publique du ministère Mollet, en mai 1957 (a). Consultée, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat émet cette fois un avis positif (b).

a) Le projet du ministère Mollet : mai 1957

1032. La réforme de l'Etat traverse la IVe République et occupe, en 1957, le ministère Mollet dans les mêmes conditions que ses prédécesseurs. En mai, le Secrétariat d'Etat à la fonction publique prépare un projet de loi portant « réforme administrative »[387]. Partant du constat que *« l'organisation administrative doit pouvoir être adaptée à l'évolution des structures économiques et sociales »* et *« qu'il est nécessaire pour cela qu'elle demeure du domaine du règlement, où l'action est beaucoup plus souple et aisée que dans le domaine*

[385] v. en ce sens, BATAILLER, F., *op. cit.,* p.483

[386] Comptes-rendus des débats, références précitées, p.27

[387] Le projet est notamment conservé dans les archives du Conseil d'Etat. v. CE, Assemblée générale, 16 mai 1957, « Projet de loi relatif à la réforme administrative », n°272141, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/465 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/23, dossier n°44. **Le projet et l'avis sont reproduits en Annexes n°24 et 25.**

législatif »[388], le projet se présente – avant tout – comme une vaste loi d'habilitation complétant et étendant les dispositions de la loi du 17 août 1948. Mais le véritable enjeu du projet demeure la *protection* du domaine réglementaire préexistant. Les interventions législatives incessantes paralysent l'action gouvernementale[389]. Le caractère mouvant des domaines législatif et réglementaire, présenté comme une *ressource* par la doctrine et le Conseil d'Etat, s'analyse davantage comme une *contrainte* pour le Gouvernement :

> « il suffit qu'une loi intervienne sur des matières classées comme règlementaires par la loi du 17 août 1948 pour que le degré de liberté du Gouvernement se trouve réduit : la matière touchée par la loi reste du domaine règlementaire, mais les dispositions de la loi ne peuvent plus être adaptées à l'évolution des évènements par des textes règlementaires. »[390]

Le projet consacre ainsi à l'article 1er – le symbole est fort – une procédure de déclassement attachée à l'habilitation du 17 août 1948 :

> « Lorsque dans l'une des matières énoncées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948 [391], des mesures auront été prises en la forme législative, les matières en cause continuent à relever de la compétence du pouvoir réglementaire, <u>ou sont reclassées dans cette compétence</u>, sauf si le législateur en a autrement ordonné. » (on souligne)

La référence au « reclassement » – croisée avec la lecture de l'exposé des motifs – ne laisse subsister aucun doute sur l'intention du Gouvernement de se reconnaître (le cas échéant, sous le contrôle du juge) la possibilité de *délégaliser* les dispositions législatives formelles intervenues postérieurement au 17 août 1948 dans le champ des matières réglementaires « par nature »[392]. A raison de la chute du ministère Mollet le 21 mai 1957, le projet n'est jamais déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale. Mais il avait fait l'objet d'un avis favorable de la part de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat.

---

[388] Exposé des motifs, p.2

[389] *« Il arrive ainsi fréquemment que le Gouvernement, compétent pour réorganiser une administration par voie réglementaire, en soit empêché par le fait qu'une loi a établi des liens entre certaines instances actuelles de l'administration et les administrés, ou entre ces instances et des institutions relevant de la compétence législative. »* (Exposé des motifs, p.2)

[390] Exposé des motifs, p.3

[391] Il s'agit des matières considérées réglementaires « par nature »

[392] Formellement, le projet s'analyse en une habilitation à « délégaliser ». Il n'est pas différent d'une loi d'habilitation classique. Ici, le législateur abroge lui-même, par avance, les dispositions intervenues sur le champ des matières réglementaires « par nature » postérieurement au 17 août 1948 et conditionne l'entrée en vigueur de cette abrogation à l'intervention éventuelle d'un décret procédant au « déclassement ».

b) L'avis favorable de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat

1033. Consultée le 16 mai 1957, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat rend un avis favorable sur le projet (*cf.* Annexe n°25). Les débats demeurent houleux. Le commissaire du Gouvernement, chargé de défendre le projet, confirme l'intention du ministère. Après s'être attaché, en 1948, à identifier des matières réglementaires, *« le Gouvernement voudrait faire un pas de plus »*[393], c'est-à-dire consacrer désormais la *réserve réglementaire,* par le jeu d'un mécanisme de déclassement. Pour une partie des conseillers d'Etat présents, le dispositif est louable. Par exemple, le président de la Section de l'intérieur, Georges Michel – après avoir sévèrement blâmé le régime de quasi *« anarchie »*[394] généré par la pratique parlementaire de l'époque – admet que le projet proposé est un *« essai de réforme de l'ordre, en établissant une limite entre le domaine législatif et le domaine réglementaire. Une fois cet essai commencé, ne le renversons pas. »*[395] René Cassin, lui-même, reconnaît :

> « [qu']il n'est pas anormal d'indiquer qu'une présomption sera créée (…) ; lorsqu'il y a eu un vote du Parlement précisant que certaines matières doivent faire partie du domaine réglementaire, on présume que ces matières doivent rester dans le domaine réglementaire. De cette façon, le problème législatif se trouve ramené à sa juste portée. »[396]

D'autres adressent toutefois de vives critiques au mécanisme de déclassement projeté. Pierre Laroque – pour qui la disposition est *« singulièrement inopportune »*[397] – considère qu'en l'adoptant, le législateur *« abandonner[rait] d'avance l'exercice de sa compétence ».* A ses yeux, le Parlement *« n'admettra jamais que le Gouvernement puisse prendre un décret pour défaire ce qu'il a fait »*[398]. Henry Puget est encore plus sévère. Le mécanisme du déclassement lui paraît *« antijuridique, inutile et dangereux »*[399] ; il aboutirait à la *« dépossession totale »*[400] du Parlement.

1034. Toujours est-il, qu'après une légère reformulation, l'Assemblée générale accepte le mécanisme à 25 voix contre 21. La majorité est courte et révèle qu'en mai 1957 la réserve réglementaire est loin d'être consensuelle au sein du Conseil d'Etat. Deux questions conclusives méritent d'être posées :

---

[393] Comptes-rendus des débats, références précitées, p.5

[394] *« Certes, nous ne sommes pas dans un régime d'anarchie, mais dans quelque chose qui lui ressemble quelque peu. »* (*ibid.,* p.7)

[395] *ibid.*

[396] *ibid.,* p.8

[397] *ibid.,* p.2

[398] *ibid.,* p.3

[399] *ibid.,* p.7

[400] *ibid.,* p.6

- d'une part, cet avis favorable n'est-il pas illogique de la part d'une Assemblée qui, moins de 6 mois auparavant, adressait encore un avis défavorable à la proposition de loi Guy Petit ? (*cf. supra*, n°1018 s.) La contradiction n'est qu'apparente. Contrairement au mécanisme d'irrecevabilité, prévu par la proposition Petit, le mécanisme de déclassement, prévu par le projet Mollet, ne remet nullement en cause la participation du Conseil d'Etat à l'exercice de la législation gouvernementale. Au contraire, en l'associant à l'édiction des décrets abrogeant les lois formelles intervenues en matière réglementaire, le projet Mollet l'associe à l'exercice du déclassement législatif[401]. En outre, le mécanisme du déclassement ne présente aucun risque de réduction du domaine du règlement, ce qui eût pu être le cas dans le système de délimitation *ne varietur* envisagé par Guy Petit.

- d'autre part, le Conseil d'Etat s'est-il vraiment rallié au mécanisme du déclassement ? Il est permis de s'interroger car – sous la plume de l'Assemblée générale – la référence au « reclassement » disparaît de l'article 1er du projet[402]. *Stricto sensu,* la formulation retenue n'autorise pas l'abrogation par décret des dispositions en forme de loi intervenues postérieurement au 17 août 1948 dans le domaine réglementaire « par nature ». Mais l'hypothèse de la consécration – édulcorée – du mécanisme du déclassement par le Conseil d'Etat n'est pas à exclure. Quelques semaines avant cette séance de l'Assemblée générale, en effet, la Section du contentieux avait, le 8 mars 1957 dans un arrêt *Rozé,* reconnu la possibilité de déclasser les dispositions réglementaires « par nature » contenues dans *l'instrumentum* d'un décret-loi[403]. Cet arrêt s'inscrit, lui-même, dans une lignée jurisprudentielle tendant à faire prévaloir le critère *matériel* sur le critère formel pour la détermination du régime de modification des actes réglementaires (*cf. supra,* n°870 s.) L'avis rendu, le 16 mai 1957, par l'Assemblée générale semble donc préfigurer une transposition des solutions de la jurisprudence *Rozé* aux actes en forme législative intervenus dans le domaine réglementaire « par nature ». Sur le plan contentieux, tous les éléments sont réunis pour la reconnaissance constitutionnelle d'un mécanisme de déclassement opposable au Parlement. L'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958 en constitue le réceptacle.

---

[401] Car le projet Mollet ne remet pas en cause le principe de la loi du 17 août 1948 et l'exercice du pouvoir réglementaire qu'elle autorise par décrets en Conseil d'Etat. Au contraire, il en perfectionne le fonctionnement.

[402] La formule retenue par l'Assemblée générale est la suivante : *« Lorsque, dans l'une des matières énoncées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948 et dans la présente loi, des mesures ont été ou seront prises en la forme législative, cette matière n'est enlevée à la compétence du pouvoir réglementaire que si le législateur l'a expressément décidé. »*

[403] CE, Sect., 8 mars 1957, *Rozé et autres,* précité

1035. Dès le milieu des années 1950, sont donc posés les jalons d'une réserve réglementaire opposable au législateur. Les mécanismes de *l'irrecevabilité* et du *déclassement* prennent corps dans le droit constitutionnel antérieur à 1958. Par les disjonctions qu'il opère dans les projets de loi, ou les interprétations neutralisantes qu'il fait des évocations législatives, le Conseil d'Etat assure la protection prétorienne d'un domaine réglementaire. Les projets Pinay (1952), Petit (1956), et Mollet (1957) témoignent de l'importance accordée, non seulement à la question de la détermination matérielle des domaines législatif et réglementaire, mais aussi à celle de la prévention ou de la répression des interventions du législateur parlementaire hors de son domaine. Sévèrement considérés par le Conseil d'Etat, ces projets ne révèlent pas moins que les mécanismes de l'irrecevabilité et du déclassement, consacrés aux l'article 41 et 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958, sont nés sous la IVe République.

1036. Conclusion de la section. Ni l'idée qu'il existe un domaine réglementaire, ni l'idée d'en assurer la protection n'émergent en 1958. Le mécanisme résultant de la combinaison des articles 34, 37 et 41 de la Constitution se présente comme l'aboutissement de pratiques et de projets antérieurs. Seule leur opposabilité au législateur – et donc, la condition de leur effectivité – fait défaut dans le constitutionnalisme des IIIe et IVe Républiques. Là réside la véritable innovation de 1958. En érigeant, au niveau constitutionnel, les mécanismes de coordination des domaines législatif et réglementaire, et en chargeant un organe spécial – le Conseil constitutionnel – d'en assurer la régulation, la Constitution de la Ve République a permis la réalisation véritable de la *réserve réglementaire.*

1037. Conclusion du chapitre. En dépit des apparences, le critère matériel est une constante de l'histoire constitutionnelle française. Il est un outil de *rationalisation* de l'exercice des fonctions de législation dans l'Etat, à la finalité tant *libérale,* que *gouvernementale.* Entre 1914 et 1958, la réserve de loi est le symbole de l'orthodoxie républicaine ; elle associe la souveraineté de la loi à la protection de l'individu. D'inspiration libérale, elle ne recèle pas moins de profondes incidences gouvernementales. En consacrant l'idée qu'il existe des matières réservées à la loi, elle autorise à penser qu'il existe des matières *non réservées,* ouvertes aux décrets-lois ou aux règlements autonomes. Paradoxalement donc, la réserve de loi contribue à l'émancipation du pouvoir réglementaire. Annihilée par l'enracinement de la République parlementaire, la réserve réglementaire retrouve, quant à elle, une actualité à l'épreuve de la crise des institutions républicaines. D'inspiration purement gouvernementale, elle procède de l'idée qu'il existe un domaine, non

seulement laissé, mais réservé à l'Exécutif, pour réagir et s'adapter aux circonstances ordinaires ou extraordinaires. La nécessité d'en assurer la protection émerge dès la fin de la IIIe République et irrigue les réflexions et la pratique constitutionnelles de la IVe République.

1038. Constitutionnellement consacrée en 1958, cette coordination des compétences législative et réglementaire est entièrement enracinée dans le droit constitutionnel antérieur à la Ve République. L'écriture et les premières interprétations de la Constitution du 4 octobre 1958 s'inscrivent dans cet héritage. Leur étude est l'objet du chapitre suivant.

Chapitre 2 :
La consécration du critère matériel en 1958

> « [L]a nouvelle Constitution ne se borne pas à étendre considérablement le domaine du règlement par rapport à celui de la loi (…), plus profondément, elle substitue un critère matériel au critère formel traditionnel. »[1]
>
> Roland Maspétiol

1039. Ces propos du conseiller d'Etat, Roland Maspétiol, en Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 9 octobre 1958, synthétisent peu ou prou l'état des représentations du pouvoir réglementaire à l'aube de la Ve République. A cette date, nombreux sont ceux, qui – prenant part, ou non, à l'élaboration du texte constitutionnel – croient voir dans les articles 34, 37 et 41 de la nouvelle Constitution la consécration d'une conception matérielle de la loi en droit français. L'innovation (supposée) est telle, qu'elle passe pour une « révolution »[2]. De fait, ces trois articles – surtout le dernier des trois – cristallisent les plus vives tensions. Au cours du processus constituant, ils accaparent – comparativement aux autres articles – la majorité des discussions, tant devant le Comité consultatif constitutionnel que devant le Conseil d'Etat[3]. La doctrine y consacre la littérature la plus abondante. Curieux paradoxe, quand on connaît la destinée de ces dispositions constitutionnelles, quasiment et rapidement tombées en désuétude (*cf.* conclusion générale).

1040. L'objet de ce chapitre est de démontrer combien les choix et les représentations qui entourent l'écriture et les premières interprétations des articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution du 4 octobre 1958 sont *structurés* par les pratiques, les normes, et les idéaux qui affectent l'exercice du pouvoir réglementaire depuis 1914. Pour autant, les structures n'expliquent pas tout. L'avènement de la Ve République est indétachable des circonstances conjoncturelles propres au « moment 58 »[4]. En bref, la Constitution de 1958 n'est pas qu'un aboutissement (le point d'arrivée d'une évolution depuis longtemps pressentie), *« elle est aussi un évènement »*[5] (N. Roussellier). Cet « évènement » – c'est-à-dire la dimension

---

[1] Débats de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 9 octobre 1958 – Archives du Conseil d'Etat. Reproduits *in : Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 1, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958,* Paris : La Documentation France, 2008, 838 pages, spéc. p.44

[2] *cf. introduction générale,* n°1

[3] Le Conseil d'Etat y emploie presque un quart de ses travaux. (Le calcul est établi à partir du nombre de pages consacrées, dans les débats en Commission constitutionnelle et en Assemblée générale, à la discussion de ces articles.)

[4] v. ANDERSON, G., *La guerre civile en France, 1958-1962, op. cit.,* p.61 et s. et p.117 et s.

[5] ROUSSELLIER, N., « La Constitution de 1958 allait-elle dans le « sens de l'Histoire » ? », *Titre VII,* n°1, septembre 2018, [En ligne]

« révolutionnaire » de 1958, caractéristique d'une rupture entre deux époques – n'est pas moins déterminant que l'héritage du passé pour expliquer les choix et représentations qui entourent la naissance du nouveau système. Trois éléments particulièrement significatifs sont à garder en tête :

- 1° le poids des circonstances. Les circonstances font l'effet d'un catalyseur : elles expliquent, non seulement le retour au pouvoir du général de Gaulle et le changement de régime, mais surtout les inflexions présidentialistes des premières années ; *« pas de guerre d'Algérie, pas de circonstances exceptionnelles et donc pas de Constitution de 1958 »*[6]. Ces circonstances, en accélérant la chute de la IVe République, emportent avec elles le révisionnisme antérieur[7] et ouvrent la voie à une réforme sans doute plus *« radicale »*[8] du parlementarisme. Elles expliquent certainement le ralliement du Comité consultatif constitutionnel et du Conseil d'Etat au système des articles 34, 37 et 41, qu'ils abhorraient[9]. Du reste – on l'oublie souvent aujourd'hui – le contexte de guerre froide influence assurément l'écriture du nouveau texte constitutionnel : la référence à la menace atomique est omniprésente dans le discours des acteurs et justifie – évidemment – d'adapter les processus de décision à la réactivité militaire[10]. S'ils s'inscrivent dans une généalogie, les articles 34, 37 et 41 sont donc aussi le produit de ces circonstances.

- 2° des hommes nouveaux. L'avènement du nouveau dispositif normatif doit également beaucoup à une nouvelle génération d'hommes, issue de la haute fonction publique, particulièrement du Conseil d'Etat[11], ralliée au pouvoir gaullien en 1958[12]. De ce point de vue, le système normatif consacré par le texte de la Ve République, est le produit

---

[6] *ibid.*

[7] Sans elles, la IVe République eût sans doute pu se réformer en douceur, et voir – par exemple – aboutir la révision constitutionnelle de Pierre Pflimlin, engagée en mai 1958, permettant à l'Exécutif de solliciter du Parlement les pouvoirs nécessaires à la réalisation d'un « contrat de législature » (*cf. supra,* n°755 s., n°757 s.)

[8] ROUSSELLIER, N., « La Constitution de 1958 allait-elle dans le « sens de l'Histoire » ? », *art. cit.*

[9] Les propos de Marcel Waline, devant le Comité consultatif constitutionnel, en témoignent : *« j'ai un certain scrupule à avoir l'air de contribuer à l'élaboration d'un torpillage du texte qui, dans son ensemble, est de salut public dans les circonstances actuelles (...)* (on souligne (séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.279) ; Quant à René Cassin, il confesse dans une lettre adressée à Paul Ramadier, le 2 septembre 1958, que ces articles sont *« nécessaires en ce moment mais [qu'ils] ne dureront pas »* (Lettre manuscrite datée du 2 septembre 1958, 8 pages numérotées ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, Fonds privé René Cassin – AN 382 AP 103, Travaux constitutionnels, 1958-1959, Dossier 1 : correspondance relative au retour au pouvoir du général de Gaulle, 1958)

[10] v. par exemple, les propos du général de Gaulle devant le Comité consultatif constitutionnel (séance du 8 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.301) ; v. aussi les propos de René Cassin devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (séance du 27 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 3, 324) (*cf. infra,* n°1058 s., n°1060 s.) ; v. encore, VEDEL, G., « La Constitution de 1958 : faux diagnostics et faux remèdes », *Le Monde,* 19 juillet 1958, p.1, col. 5 ; DUVERGER, M., « Le nouveau système », *Le Monde,* 5 août 1958, p.4, col. 1

[11] v., sur la question, LEROYER, S., *op. cit.,* spéc. p.83-222

[12] v., sur ce point, GAITI, B., *De la quatrième à la cinquième République : les conditions de la réalisation d'une prophétie, op. cit.,* spéc. p.263-309

d'une double rupture qui – sans aller contre le « sens de l'histoire »[13] – n'en reste pas moins largement imprévisible avant l'été 1958 : celle de la prééminence de la technocratie dans le processus constituant, et celle de l'avènement d'une nouvelle génération d'administrateurs, formée à la Libération, soutenue et encouragée par le nouveau pouvoir politique gaullien. L'un d'eux, Raymond Janot, témoigne, en 1977 :

> « Ce dont je suis sûr, c'est que les juristes les plus éminents, ceux qu'à notre âge de l'époque, nous considérions avec vénération comme nos maîtres, ont été pour le moins extrêmement réservés devant cette innovation. Je dois dire que même au Comité interministériel, ceux qui pouvaient être considérés comme d'éminents juristes, sans être opposés à cet effort, le considéraient volontiers comme l'initiative un peu intempestive de jeunes gens sympathiques qui avaient de par leur formation quelques connaissances juridiques mais qui manifestement n'étaient pas encore formés. C'était un peu débilitant comme atmosphère ! »[14] (on souligne)

Le dispositif des articles 34, 37 et 41 est le produit de cette double rupture, rendue possible par les circonstances de 1958 : élaboré, interprété et défendu, entre 1958 et 1959, par de jeunes membres du Conseil d'Etat – particulièrement Raymond Janot, Jérôme Solal-Céligny, Louis Bertrand et Marcel Martin (*cf. infra*, n°1047) – la réserve réglementaire passe, au contraire, pour une hantise aux yeux de la génération antérieure.

- 3° une volonté politique. Enfin, les choix opérés en 1958 ne sont rendus possibles que par une volonté politique nettement affirmée. La jeune génération d'administrateurs à l'origine du mécanisme des articles 34, 37 et 41 est pleinement encouragée par le pouvoir gaullien. Le 26 mai 1958, Raymond Janot trouve immédiatement *« l'oreille favorable »*[15] du général de Gaulle lorsqu'il le convainc – dans sa voiture – de la nécessité d'instituer une délimitation des compétences législatives et réglementaires. Le 30 mai, à Colombey – en présence des personnalités socialistes – et le 31 mai, à l'hôtel Lapérouse – en présence des représentants des groupes politiques – le général de Gaulle reprend l'idée à son compte et la défend personnellement[16]. Quant à Michel Debré, il soutient l'idée d'une délimitation des domaines législatif et réglementaire depuis ses projets constitutionnels de la Résistance et de

---

[13] Le basculement du centre de gravité de la conduite des politiques publiques des arènes parlementaires vers la haute fonction publique est déjà largement engagé sous la IVe République, notamment au cours de « l'expérience Mendès France ». (v. BARUCH, M.-O., DUCLERT, V., « Administrateurs et administrations sous la IVe République : une histoire politique », *RFAP,* 2003, n°108, p.501-519, spéc. p.517) ; v. encore, FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.613 et s.

[14] JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.66

[15] *ibid.,* p.65-66. Cet accueil favorable du général de Gaulle au système que lui propose Raymond Janot s'explique sans doute par le fait que la délimitation des domaines législatif et réglementaire – bâti sur le modèle de la monarchie limitée – est certainement plus favorable au Président de la République, qu'un système de législation déléguée sur la base d'un « contrat d'investiture ».

[16] v. *DPS,* vol. 1, p.155-156

la Libération, comme en témoignent les quelques pages qu'il y consacre dans *Refaire la France,* en 1945 (*cf. supra,* n°230).

1041. Il y a donc bien une dimension « révolutionnaire », non pas juridique mais sociologique[17], inhérente aux circonstances, dans l'avènement du système de 1958[18]. La part de continuité et d'aboutissement ne doit pas voiler la part de rupture et d'innovation, et vice versa – surtout quand cette seconde réveille les plus profondes *« hantises républicaines »*[19]. Ce chapitre entend replacer la consécration du dispositif des articles 34, 37, 38 et 41 de la nouvelle Constitution dans cette perspective : l'écriture du nouveau système est le produit de solutions transactionnelles censées concilier les impératifs du gouvernement moderne aux idéaux ancestraux du constitutionnalisme républicain (section 1). Elles facilitent ainsi la transition infra-constitutionnelle au profit d'un *continuum* constitutionnel (section 2). Ces deux dimensions permettent de saisir la véritable portée des innovations de 1958, et d'expliquer les représentations qui les entourent.

SECTION 1 :
L'ECRITURE DU SYSTEME NORMATIF : LA REVOLUTION EVITEE

> « Par l'article [34], vous avez limité le domaine de la loi ; vous avez procédé par énumération (…). D'accord. Par l'article [37], vous avez donné au pouvoir réglementaire le reste de ce qui était autrefois couvert par la législation. (…) Tout à fait d'accord. Mais ce que je ne veux pas admettre, à moins que l'on fasse une démonstration irréfutable, c'est que, dans les matières qui sont données au pouvoir réglementaire (…) vous ne permettiez pas au législateur de venir dire : « Il y a lieu à modification ». Je tiens à vous dire que ceci est très grave, car je crois vraiment que c'est là que se situe exactement la base profonde des principes républicains. »[20]
>
> Sénateur Pierre Marcilhacy, 8 août 1958

1042. Par le jeu des articles 13, 16, 21, 34, 37, 38, 41 et 92, et du titre VII, la Constitution du 4 octobre 1958 institue un système normatif *« remarquablement structuré »*[21], largement favorable à l'Exécutif. L'écriture de ces habilitations à exercer la législation gouvernementale

---

[17] v. POIRAT, F., « Révolution », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* 1362 ; v. aussi, DEROSIER, J.-Ph., « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? », *art. cit.,* spéc. p.392

[18] S'agissant de la controverse sur la dimension « révolutionnaire » de 1958, v. ROUVILLOIS, F., (dir.), *La révolution de 1958,* actes du colloque du Centre Maurice Hauriou organisé le 22 novembre 2018 à l'Université Paris Descartes, Paris : Cerf Patrimoines, 2019, 292 pages. Pour Frédéric Rouvillois, qui définit la « révolution » comme *« un changement brusque de régime arraché ou accompagné par la force »* (p.8), l'épisode de 1958 s'apparente bel et bien à une révolution, tant la menace militaire pèse sur le cours des évènements. (p.10-15)

[19] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267 et s.

[20] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.280-281

[21] FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *art. cit.,* p.76

(primaire ou secondaire) occupe – pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle – une large part du processus constituant, contrairement par exemple aux travaux de 1945-1946 (*cf. supra,* n°312 s.). Il faut pourtant en relativiser la dimension novatrice : tant la rationalisation des fonctions de législation (constante du réformisme constitutionnel depuis l'entre-deux-guerres), que l'hostilité au pouvoir personnel (invariant de l'idée républicaine depuis le XIXe siècle) s'inscrivent, paradoxalement et à part égale, dans « le sens de l'histoire ». *« Je ne suis pas hostile à l'énumération de l'article [34] ; je suis hostile à l'article [41] qui interdit à la loi d'aller plus loin que ce qui est dans l'article [34] »*[22]. Ces propos du conseiller d'Etat Philippe Renaudin – qui rejoignent ceux du sénateur Pierre Marcilhacy reproduits en épigraphe – synthétisent peu ou prou l'état d'esprit de l'été 1958 : si la rationalisation du travail législatif, héritière du réformisme antérieur, s'impose avec la force de l'évidence (§1), « l'abominable » réserve réglementaire cristallise les plus vives résistances (§2).

§1. La rationalisation évidente des fonctions de législation

1043. La « rationalisation » du parlementarisme est un concept ambivalent. Elle consiste, au sens neutre, en une simple codification de pratiques ou règles coutumières, sans s'exercer nécessairement au détriment du Parlement[23]. Dans un sens plus technique, elle renvoie au fait de *« rendre rationnel »*[24]*,* c'est-à-dire plus commodes ou efficaces les relations entre les organes de l'Etat et l'exercice de leur fonction. Employée systématiquement à amoindrir les prérogatives des assemblées parlementaires, la rationalisation – dans son sens le plus offensif – devient synonyme de « rationnement » du Parlement. Héritée du « second train » de la révision de la Constitution de 1946[25], l'idée de rationaliser les fonctions de législation, au sens neutre et technique, n'est pas véritablement controversée en 1958. Encouragée par une nouvelle génération de « techniciens »[26], elle s'impose sans difficulté au Comité consultatif constitutionnel et au Conseil d'Etat. A la différence de l'article 41 qui passe pour inacceptable

---

[22] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.399-400

[23] LE DIVELLEC, A., « Vers la fin du « parlementarisme négatif » à la française ? », *JusPoliticum,* n°6, décembre 2011, [En ligne]. C'est d'ailleurs son sens historique. Dans l'entre-deux-guerres, la rationalisation consiste *« à remplacer le fait métajuridique du pouvoir par les règles du droit écrit. (...) La rationalisation du pouvoir dans le droit constitutionnel, c'est la substitution du juridique à l'historique ».* (MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *Revue internationale de droit comparé,* n°4, octobre-décembre 1950, p.605-638, spéc. p.607)

[24] VILLIERS, M. (de), LE DIVELLEC, A., *Dictionnaire du droit constitutionnel,* 9e éd., *op. cit.,* p.259

[25] Dès 1954, Georges Galichon – à l'occasion du colloque organisé à l'initiative de l'Association française de science politique consacré au « Travail parlementaire » – constate déjà la nécessité de *« procéder à une répartition plus rationnelle des tâches entre le législatif et l'Exécutif »* (« Aspects de la procédure législative en France », *art. cit.,* p.807)

[26] v., FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.613 et s.

(*cf. infra,* n°1093 s.), les articles 34 et 38 sont facilement acceptés : le constat de la nécessaire recomposition des fonctions juridiques de l'Etat (A) conduit à l'écriture de nouvelles habilitations gouvernementales à légiférer (B).

A- UN CONSTAT PARTAGE : UNE RECOMPOSITION NECESSAIRE DES FONCTIONS DE L'ETAT

1044. La Ve République est souvent présentée comme puisant ses origines dans la longue durée, particulièrement dans le réformisme constitutionnel inauguré dans l'entre-deux-guerres[27], avec lequel elle entretient une filiation à la fois intellectuelle et personnelle[28]. Les acteurs du processus constituant héritent effectivement d'une lointaine et constante pensée constitutionnelle favorable à la redéfinition des fonctions étatiques. La fonction gouvernementale – imaginée pour légitimer l'activité non subordonnée de l'Exécutif dans l'Etat (*cf. supra,* n°546 s.) – retrouve une actualité (1). Elle est présentée comme le corollaire d'une revalorisation de la fonction parlementaire (2).

1) L'avènement d'une fonction gouvernementale

1045. En 1958, les acteurs du processus constituant cherchent à redéfinir la séparation fonctionnelle en substituant à la distinction « législation / exécution » – héritée du XVIIIe siècle – une distinction « gouvernement / contrôle »[29]. Ainsi, plus que jamais en 1958, est envisagée une nouvelle séparation des pouvoirs, appuyée sur l'idée que « gouverner c'est légiférer » (a), impliquant de conférer à l'Exécutif des propres fonctions de législation (b).

a) « Gouverner, c'est légiférer » - acte 2[30]

1046. En 1958, le constat de l'inadaptation des mécanismes et des représentations héritées du constitutionnalisme du XVIIIe siècle pour conduire la politique de la Nation (ii), conduit une nouvelle génération de techniciens (i) à imaginer une « nouvelle séparation des pouvoirs » associant l'Exécutif à l'exercice des fonctions primaires de législation (iii). Ce faisant, les pères de la Ve République réceptionnent un héritage déjà classique.

---

[27] v., notamment, PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République, op. cit.* ; ROUSSELLIER, N., « La contestation du modèle républicain dans les années 30 : La réforme de l'Etat », *art. cit.* ; « Les racines de la constitution de la Ve République », *Espoir : Revue de la Fondation Charles de Gaulle,* n°186, printemps 2017, p.2-100

[28] ROUSSELLIER, N., « La contestation du modèle républicain dans les années 30 », *art. cit.,* p.319

[29] v., sur ces questions, TROPER, M., « De Gaulle et la séparation des pouvoirs », *art. cit.* ; TROPER, M., « Les nouvelles séparations des pouvoirs », *art. cit.*

[30] Sur l'acte 1, v. *supra,* n°204 s.

i) Qui ? : Une nouvelle génération de techniciens

1047. Raymond Janot. Résultat de la victoire des techniciens sur la doctrine universitaire[31], l'écriture du système de 1958 est presque exclusivement portée et réalisée par de jeunes administrateurs, membres du Conseil d'Etat. L'un d'eux, Raymond Janot[32] témoigne :

> « Je voudrais tout de même vous dire qu'au départ, il s'agit d'une réflexion de quelques collègues – et qui n'étaient pas très nombreux – dans ce lieu auguste qu'est la bibliothèque du Conseil d'Etat. Cette réflexion n'a pas été du tout une réflexion théorique. Elle était le fait d'hommes jeunes – à l'époque hélas ! – dont le métier était de participer à la rédaction de projets de lois et de projets de décrets et qui s'apercevaient, non peut-être quotidiennement mais en tout cas hebdomadairement, que chaque fois que l'on voulait faire une réforme, tout à fait nécessaire et tout à fait évidente, par voie réglementaire, ce n'était pas possible car il y avait toujours un malencontreux texte de loi qui s'y opposait. Et cela paraissait surprenant car il y avait le plus souvent une réelle distorsion entre la majesté de la procédure nécessaire et les exigences pratiques auxquelles il convenait de satisfaire. Nous avons donc réfléchi à quelques-uns, un petit nombre, et en repensant à nos souvenirs du cours du Président Pichat à l'Ecole libre des Sciences politiques, nous nous rappelions la partie de son cours consacrée au domaine de la loi et du règlement dans laquelle il commentait magnifiquement les conclusions du Président Romieu sur les arrêts de 1904 et de 1906 bien connus. »[33]

Le 2 juin 1958, par l'entremise de Georges Pompidou, Raymond Janot intègre le cabinet du général de Gaulle en tant que conseiller technique en charge des questions constitutionnelles. C'est à ce titre qu'il participe pleinement au processus constituant. Membre du groupe de travail (dit « groupe des experts ») constitué par Michel Debré le 12 juin 1958, et du Conseil interministériel, pour la rédaction de l'avant-projet de Constitution, il est commissaire du Gouvernement – chargé de présenter et de défendre le projet du Gouvernement – auprès du Comité consultatif constitutionnel et du Conseil d'Etat en juillet et août 1958. Il continue de représenter les intérêts du Gouvernement devant le Conseil d'Etat, et dans la presse[34], jusqu'au 8 janvier 1959, date à laquelle – après l'accession du général de Gaulle à la Présidence de la République – il est nommé secrétaire général de la Communauté française[35]. Acteur central de l'écriture de la nouvelle Constitution, il est l'un des principaux défenseurs du système des articles 34, 37, 38 et 41.

---

[31] v., FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.613 et s.

[32] Né en 1917, décédé en 2000, Raymond Janot réussi le concours de l'auditorat en 1946. Sur l'itinéraire personnel de Raymond Janot, v. LEROYER, S., *op. cit.,* p.96-105. Sous la IVe République, il est conseiller technique auprès de Vincent Auriol et promeut une vision relativement indépendante de l'exercice de la fonction présidentielle. v. « Secrétariat général de la Présidence, notes adressées au Président par le conseiller juridique Raymond Janot », cote 4AG/25 – Archives nationales, site de Pierrefitte-sur-Seine. (*cf. supra,* n°436)

[33] JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.62

[34] v. les entretiens de Raymond Janot avec la presse, reproduits *in : DPS,* vol. 4, p.3-153

[35] Arrêté du 8 janvier 1959, J.O.R.F. du 9 janvier 1959, p.613

1048. Jérôme Solal-Céligny. Principal héraut du nouveau système normatif, Raymond Janot n'en est pas pour autant la plume. Cette dernière est tenue par son collègue Jérôme Solal-Céligny[36]. Ami de Michel Debré, il exerce ses fonctions au Secrétariat général du Gouvernement entre août 1946 et juillet 1957, date à laquelle il est nommé maître des requêtes au Conseil d'Etat au tour extérieur. Habitué des questions constitutionnelles – il participe, en 1956, avec André Chandernagor à la réflexion constitutionnelle initiée par le cabinet de Guy Mollet (*cf. supra,* n°755 s.) – il intègre le « groupe des experts » le 12 juin 1958, avant d'être nommé conseiller technique auprès du Comité consultatif constitutionnel et désigné rapporteur-adjoint du projet de Constitution devant le Conseil d'Etat. Il participe donc, lui aussi, à l'ensemble du processus constituant. Les archives révèlent qu'il est la véritable « plume », non seulement des articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution, mais aussi de l'article 16[37], qu'il rédige avec son collègue Louis Bertrand[38]. Il est également l'auteur d'une « note sur la fonction législative », adressée au « groupe des experts » et au conseil interministériel, qui fait figure de véritable exposé des motifs des projets d'articles 34, 37, 38 et 41[39]. Il est donc permis d'écrire que Jérôme Solal-Céligny, aidé par Louis Bertrand, est le véritable *auteur* des articles 16, 34, 37, 38 et 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Rien d'étonnant, alors, de constater qu'il figure, avec son collègue, parmi les premiers exégètes du nouveau système normatif[40] et qu'il consacre, au début des années 1970, son cours de droit public approfondi à Sciences Po au thème : *La loi et le règlement*[41].

---

[36] Né en 1920, décédé prématurément en 1974. Sur l'itinéraire de Jérôme Solal-Céligny, v. LEROYER, S., *op. cit.,* p.106. Ses archives sont conservées au Conseil d'Etat.

[37] Aux alentours du 18 juin 1958, il rédige, à la demande de Michel Debré, en tant que rapporteur chargé de ces chapitres, la première mouture des projets de titres relatifs au Président de la République, au Gouvernement et aux « rapports des pouvoirs publics » (v. la lettre adressée par Jérôme Solal-Céligny à Michel Debré le 18 juin 1958 : *« Mon cher Michel, Comme tu me l'as fait demander* ***je t'envoie ci-joint les projets d'articles que nous avons rédigés Bertrand et moi sur le président de la République, le Gouvernement et les rapports des Pouvoirs publics.*** *(...) »* (on souligne en gras) (*DPS,* vol. 1, p.265). Cette mouture constitue la base des articles en discussion au groupe des experts et au conseil interministériel, entre le 19 et le 30 juin s'agissant du Président de la République, et à partir du 1er juillet s'agissant des « rapports entre les pouvoirs publics ».

[38] Né en 1923, décédé en 1985, Louis Bertrand est docteur en droit, diplômé de l'ELSP et de l'ENA. Il intègre le Conseil d'Etat comme auditeur en 1950 et devient maître des requêtes en juillet 1957. Conseiller technique auprès du ministre de la Justice, Robert Lecourt, chargé de la réforme constitutionnelle menée par Pierre Pflimlin en mai 1958, il est appelé au « groupe des experts » en juin 1958 par Michel Debré. (*Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'Etat 1799-2002,* spéc. p.406)

[39] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative » (vers le 2 juillet 1958), adressée au groupe de travail (*DPS,* vol. 1, p.333-336) ; « Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel (*DPS,* vol. 1, p.367-370)

[40] SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *Commentaires sur la Constitution, 1958-1959,* reproduits *in : DPS,* vol. 4, p.241-257 ; BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *EDCE,* 1959, p.67-76

[41] SOLAL-CELIGNY, J., *Droit public approfondi : la loi et le règlement,* fascicule 1, Paris : FNSP, « Cours de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, 1972-1973 », 1973, 207 pages ; SOLAL-CELIGNY, J., *Droit public*

ii) Pourquoi ? : La péremption des conceptions héritées du XVIIIe siècle

1049. *« Au fond, on n'a pas inventé cela pour le plaisir ! »*[42] Ces propos de Raymond Janot illustrent le sentiment de « nécessité » qui entoure l'écriture du nouveau système d'habilitations. En 1958, séparation fonctionnelle dualiste classique (législation / exécution) apparaît plus que jamais *« défectueuse »*[43] :

> « [Elle est], pour Raymond Janot, le reflet de conceptions juridiques qui étaient en harmonie parfaite avec le début du XIXe siècle, mais qui ne le sont plus avec les conditions réelles du milieu du XXe siècle. »[44] (…) «[Car] l'idée classique selon laquelle le Parlement, seul, émettait des règles de droit – pratiquement, à peu près lui seul –, est une idée qui était parfaitement adaptée à la situation du monde à la fin du XVIIIe siècle et au début du XIXe. Avec les transformations de l'Etat, on s'est aperçu que l'application de ce principe primitif aboutissait à faire pénétrer dans le Parlement, en dehors même de toute volonté, un certain nombre de domaines qui, en réalité, intéressent directement l'action gouvernementale. »[45]

Cette situation *« paradoxale »*[46] condamnait les organes à l'impuissance : le Parlement, théoriquement omnipotent, transférait pratiquement ses fonctions de législation à l'Exécutif, lequel demeurait incapable de les assumer sans engager systématiquement sa responsabilité. *« Immobilisme ou instabilité »*[47]. Tel est le dilemme qui caractérise la vie politique des dernières années de la IVe République. Les mutations des fonctions politico-sociales de l'Etat impliquent donc une redéfinition de ses fonctions juridiques.

ii) Pour quoi ? : Donner un gouvernement à la République

1050. En 1958, le *« vieux dogme »*[48] de la séparation des pouvoirs (c'est-à-dire la spécialisation fonctionnelle, telle que mythifiée à la fin du XIXe siècle) semble donc périmé. La recherche d'une « nouvelle séparation des pouvoirs » irrigue le discours des concepteurs du futur dispositif constitutionnel. L'idée d'une *fonction gouvernementale* – imaginée pour

---

approfondi. Droit administratif approfondi : la loi et le règlement, fascicule 2, Paris : FNSP, « Cours de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, 1973-1974 », 1974, 112 pages

[42] Entretiens avec la presse, lundi 8 septembre 1958 (18h30), *DPS,* vol. 4, p.58

[43] BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.72

[44] Comité consultatif constitutionnel, séance du 7 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.263-264

[45] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.101-102

[46] MARTIN, M., « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et domaine réglementaire », *RPDA,* 1958, p.VII-VIII, spéc. p.VII

[47] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative », *DPS,* vol. 1, p.333. On y lit que si les Gouvernements de la IVe République sont confrontés à ce dilemme, *« c'est avant tout parce qu'ils n'ont jamais pu obtenir ni même demander à un Parlement divisé sur l'essentiel le vote des mesures audacieuses qui s'imposaient à moins d'engager à tout propos leur existence sur l'adoption de textes législatifs jugés par eux nécessaires à l'exécution de leur programme. »*

[48] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative », 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.335

légitimer la participation de l'Exécutif à la direction des affaires nationales – retrouve une actualité. *« Gouverner,* écrit Jérôme Solal-Céligny à destination du groupe des experts le 2 juillet 1958, *c'est nécessairement adapter sans cesse les structures, les mécanismes institutionnels et les règles de droit à des impératifs nouveaux. »*[49] L'idée n'est pas seulement portée par la jeune génération. Le président Roger Latournerie la défend en Assemblée générale du Conseil, le 28 août 1958 et y apporte une véritable caution (*cf. supra,* n°558).

1051. Or, cette fonction gouvernementale – parce qu'elle est essentiellement une fonction d'initiative et d'anticipation – implique l'exercice (voire le monopole) des activités de législation, dont il faut confier la direction à l'Exécutif. *« Dans le monde moderne,* remarque Raymond Janot, *qu'on le veuille ou non, gouverner, cela signifie non seulement prendre des décisions individuelles, non seulement orienter une politique, mais même, pour définir une politique, prendre des textes de portée générale, c'est-à-dire réglementer. »*[50] Si bien, *« [qu']au XXe siècle, on ne gouverne pas sans faire des règles de droit »*[51]. En un mot, comme l'expriment Jérôme Solal-Céligny et Louis Bertrand – se réappropriant, par-là, une formule désormais classique – *« gouverner, c'est légiférer »*[52]. En vérité, c'est tout l'héritage de la pensée républicaine hétérodoxe – incarnée notamment par Maurice Hauriou et Georges Burdeau dans les décennies précédentes (*cf. supra,* n°547 s.) – que se réapproprient ici les concepteurs du système des articles 34, 37, 38 et 41.

b) Conférer à l'Exécutif des propres fonctions primaires de législation

1052. Cette redécouverte de la fonction gouvernementale a essentiellement pour objet, comme jadis, de légitimer l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif. Malgré les hésitations initiales sur le système à retenir (*cf. infra*, n°1067 s.), les pères de la Constitution de 1958 s'entendent dès l'origine sur la nécessité de conférer à l'Exécutif des propres fonctions primaires de législation (impliquant, le cas échéant, la faculté d'abroger la législation formelle en vigueur). Initialement d'ailleurs, l'idée d'autonomie – c'est-à-dire la faculté reconnue à l'Exécutif *« d'agir seul et de sa propre responsabilité »*[53] – compte davantage que celle de protection du domaine réglementaire (la réserve réglementaire), lesquelles deviennent

---

[49] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative », 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.333

[50] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.71

[51] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.102

[52] SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *art. cit.,* p.243

[53] Ce sont les mots de Jérôme Solal-Céligny, « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative », *DPS,* vol. 1, p.334)

pourtant rapidement complémentaires[54]. Il faut donc, selon les mots de Jérôme Solal-Céligny, *« restituer à l'Exécutif la plénitude de ses attributions en le mettant en mesure de gouverner sans avoir à quémander des moyens d'action au Parlement. »*[55] (on souligne) Le champ lexical est fixé. Raymond Janot le reprend à son compte devant le Conseil d'Etat : « *il faut arriver à trouver un système qui n'oblige pas le Gouvernement, à tout instant et en toute hypothèse, à demander l'autorisation de gouverner. (...) [I]l faut mettre sur pied un système de pouvoirs tels que, sans loi d'habilitation, sans délégation particulière, le Gouvernement soit à même de remplir sa mission.* »[56] L'effectivité de la fonction gouvernementale suppose donc de redistribuer les activités primaires de législation, au profit de l'Exécutif en lui reconnaissant des pouvoirs indépendants, et protégés, de l'initiative parlementaire. Cette rationalisation est pensée, corollairement et paradoxalement, comme une manière de revaloriser l'activité parlementaire.

2) Revaloriser l'activité parlementaire

1053. Pour les pères du texte de 1958, la rationalisation des fonctions de législation n'a pas la connotation négative que lui attribueront rapidement (et à raison) les observateurs extérieurs. Elle demeure – au sens neutre et technique – synonyme de réorganisation plus rationnelle (c'est-à-dire efficace) du travail législatif permettant de concentrer l'activité du Parlement sur l'essentiel. Elle doit permettre de renouer avec la véritable ontologie du système parlementaire, caractérisé par *l'équilibre* des organes[57]. Cette recherche de l'équilibre est au cœur des motivations des concepteurs du système des articles 34, 37, 38 et 41. Les propos de Jérôme Solal-Céligny en témoignent :

> « Il ne s'agit pas, au demeurant, de retirer au Parlement la totalité de ses attributions législatives. Ainsi présenté, l'objectif de la réforme serait faussé.[58] Le problème est ailleurs. Il s'agit de définir les rôles respectifs véritables du

---

[54] BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.73-74 ;

[55] « Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel (*DPS,* vol. 1, p.367)

[56] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.102

[57] En témoigne, par exemple, le discours de Michel Debré devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 27 août 1958 : *« Le projet de Constitution, tel qu'il nous est soumis, a l'ambition de créer un régime parlementaire. Il le fait par quatre mesures ou séries de mesures : (...) 4° une mise au point des mécanismes juridiques* ***indispensables à l'équilibre*** *et à la bonne marche des fonctions politiques. »* (on souligne en gras) (*DPS,* vol. 3, p.257). v. encore, SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *art. cit.* : *« [La séparation des pouvoirs] n'a de signification que si elle est destinée, comme l'entendait Montesquieu, à assurer la limitation mutuelle de la puissance des organes de l'Etat. Elle suppose donc* ***l'équilibre égalitaire*** *de ces organes et ne saurait s'accorder d'une prééminence de l'un sur l'autre. »* (on souligne en gras) (*DPS,* vol. 4, p.245)

[58] Car, écrit Louis Bertrand, cela *« aurait pour résultat de rompre à nouveau l'équilibre égalitaire des organes, cette fois au profit de l'Exécutif. »* (« Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.73)

> Gouvernement et du Parlement : au premier, il revient de gouverner, au sens entier du terme, sans avoir pour cela rien à solliciter du Parlement. A ce dernier, il incombe de contrôler l'action gouvernementale et, en cas de désaccord sur le sens de celle-ci, de mettre en jeu la responsabilité politique du cabinet par la voie de la motion de censure. Telle est aujourd'hui la signification fonctionnelle de la séparation des pouvoirs, dont le régime anglais, dans lequel la plupart des lois sont faites par le Gouvernement sous le contrôle du Parlement, fournit le meilleur exemple. »[59]

En dépit des apparences, donc, la redistribution des fonctions de l'Etat, imaginée en 1958, n'est pas supposée être moins favorable au Parlement qu'à l'Exécutif. L'enjeu est, au contraire, de rétablir un authentique système parlementaire, sur le modèle britannique (source d'inspiration décidément inépuisable pour le réformisme français[60]).

1054. La rationalisation du parlementarisme est donc – paradoxalement – placée au service de la revalorisation du Parlement. L'idée n'est pas nouvelle en 1958. Depuis plusieurs années déjà, la délimitation des domaines de la loi et du règlement est présentée comme un service à rendre à l'activité parlementaire[61]. L'objectif est de permettre au Parlement de légiférer moins, mais mieux ; et de renforcer sa fonction de contrôle. Les propos de Raymond Janot devant le Conseil d'Etat sont significatifs :

> « je ne crois pas que l'on puisse réduire le Parlement à une situation déshonorante comme certains ont l'air de le penser. Je crois que, au contraire, on le met dans une situation qui l'honore, car rien n'est plus déshonorant pour une institution que d'avoir des responsabilités et d'être hors d'état de les exercer. »[62]

L'argument n'est pas uniquement rhétorique. Il semble avoir convaincu, devant le Comité consultatif constitutionnel, des parlementaires de tous horizons politiques comme Edmond Barrachin (Indépendants et Paysans)[63], Pierre-Henri Teitgen (MRP)[64] ou René Dejean (SFIO)[65]. Il est encore avancé, en doctrine, par le professeur Georges Morange[66]. Ces

---

[59] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative », 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.334

[60] Le système de Westminster fait déjà figure de modèle dans les années 1930 et en 1946.

[61] En témoigne, par exemple « l'exposé des motifs » de la proposition de loi Guy Petit précédemment analysée. (*cf.* Annexe n°20)

[62] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.401

[63] *« La nomenclature des questions réglées, d'une part par la loi, d'autre part, par le règlement (...) existe dans un très grand nombre de constitutions et ne peut que faciliter le travail des parlementaires. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.90)

[64] *« [D]epuis un siècle la loi a perdu beaucoup de son prestige à l'heure présente, il faut nous en rendre compte. »* A ses yeux, maintenir le *« caractère sacré de la loi »* est incompatible avec l'idée d'exiger le vote d'une loi pour chaque décision. *«[P]ar conséquent,* conclut-il, *il faut aménager le domaine de la loi et du décret. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 7 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.260)

[65] *« [I]l est certain que le domaine du pouvoir législatif va permettre à l'Assemblée de diminuer son temps de présence (...) et d'exercer ses fonctions avec une lenteur à laquelle elle n'était pas accoutumée. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.286)

[66] *« Le but poursuivi par les art. 34 et 37 (...) est, en lui-même, louable. La raison d'être du Parlement étant le contrôle de l'action gouvernementale et la protection des intérêts essentiels des citoyens, il est apparu qu'il*

considérations permettent de comprendre pourquoi le principe de l'article 34, voire celui de l'article 37, perçu comme une rationalisation utile du travail législatif, est facilement accepté par la majorité des acteurs. Sur le plan technique, cette recomposition des fonctions de l'Etat se traduit par l'écriture de nouvelles habilitations à légiférer.

B- L'ECRITURE DES NOUVELLES HABILITATIONS

1055. La redistribution souhaitée des fonctions de législation se traduit par l'écriture de nouvelles habilitations constitutionnelles à les exercer. La question est particulièrement complexe. Paradoxalement, l'écriture des dispositifs d'exception (les futurs articles 16 et 92), qui renouent avec la « raison d'Etat », (1) est moins controversée que celle des dispositifs à légiférer en temps ordinaires (les futurs articles 34, 37 et 38), qui s'inscrivent pourtant dans l'héritage du révisionnisme antérieur (2).

1) Les habilitations des temps extraordinaires (articles 16 et 92) : un relatif consensus

1056. L'écriture des articles 16 et 92 de la Constitution occupe une place relativement mineure dans les travaux constituants. Ces deux articles cristallisent moins de débats et moins d'opposition que celle des articles 34, 37, 38 et 41. La situation peut étonner, mais elle s'explique facilement. Conjoncturellement, ils répondent à une *« évidente nécessité »*[67] : les circonstances de la guerre d'Algérie et la menace atomique rendent acceptables (au moins pour un temps)[68] ces dispositifs d'exception. Structurellement, ils s'inscrivent dans un héritage qui fait du pouvoir réglementaire le meilleur instrument de la sauvegarde et la continuité de l'Etat (*cf. supra,* n°511 s.). En vérité, loin d'innover, ils sont une simple constitutionnalisation de la pratique préexistante. Les conditions de recours à l'article 16 (a) sont peu ou prou inspirées des trois conditions imaginées, dès 1915, par la doctrine publiciste et la jurisprudence pour justifier le recours à l'illégalité dans le cadre d'une théorie des circonstances exceptionnelles (péril imminent / impossibilité d'agir légalement / intérêt supérieur de la Nation) (*cf. supra,* n°148) Avec l'article 92 (b), il formalise une habilitation jusqu'alors détenue, par l'Exécutif, sur le seul fondement du principe, non écrit, de continuité des services publics.

---

convenait de le décharger de ses attributions mineures pour lui permettre de mieux se consacrer à ces tâches essentielles. » (MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Recueil Dalloz,* 1959, 4e cahier, chronique IV, p.21-26, spéc. p.25)

[67] Sur ce concept, v. SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception, op. cit.,* p.335 et s.

[68] Le 2 septembre 1958, Maurice Duverger écrit dans les colonnes du *Monde : « on peut penser surtout que l'article [16] sera rapidement abrogé ».* (« La Seconde Restauration », *Le Monde,* 2 septembre 1958, p.1, col. 5)

a) L'article 16 : réconcilier la légitimité et la légalité constitutionnelles

1057. L'article 16 est l'un de ceux auxquels tient le plus le général de Gaulle[69]. Il est écrit et adopté, à l'été 1958, dans un relatif consensus en dépit des craintes de Paul Reynaud, président du Comité consultatif constitutionnel, qui y voit le *« cheval de bataille des adversaires du projet »*[70]. L'idée d'un système conférant des pouvoirs exceptionnels au Président de la République en cas de *« péril national »*[71] est acquise dès la première réunion du groupe des experts, le 12 juin 1958. Le projet d'article est présenté devant le Conseil interministériel le 30 juin 1958 qui l'adopte presque sans modification[72]. Il est soumis au Conseil de Cabinet du 25 juillet et discuté pendant plus d'une heure, sans que les commentaires manuscrits de Michel Debré – faisant figure de compte-rendu – ne révèlent d'hostilité particulière au projet[73]. En vérité, l'article 16 semble s'imposer avec la force d'une évidence[74]. Pour le général de Gaulle, il est l'instrument indispensable de reconnexion de la légitimité (qu'il incarnait en 1940) et de la légalité (qui lui manquait) dans les circonstances exceptionnelles du XXe siècle. Son témoignage devant le Comité consultatif constitutionnel est décisif (i), autant que celui de René Cassin devant le Conseil d'Etat (ii).

i) Le témoignage décisif du général de Gaulle devant le Comité consultatif constitutionnel

1058. Devant le Comité consultatif constitutionnel, les quelques objections initiales adressées au projet d'article 14 (futur article 16), relayées par Paul Reynaud (qui doute qu'il eût changé quoi que ce fût en 1940)[75] et Paul Coste-Floret (qui établit un parallèle avec l'article 14 de la Charte de 1814)[76] sont vite surmontées. En vérité, l'intervention personnelle du général de Gaulle, le 8 août 1958, est déterminante pour emporter la conviction du

---

[69] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.300

[70] Comité consultatif constitutionnel, séance du 7 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.239

[71] Groupe de travail, séance du 12 juin 1958, *DPS,* vol. 1, p.243

[72] Conseil interministériel, séance du 7 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.305 et p.307-308

[73] Conseil de Cabinet, séance du 25 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.477

[74] Le registre de l'évidence est très clairement exploité par Raymond Janot devant le Comité consultatif constitutionnel. (v. Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.69) L'article 16 est présenté comme un moyen d'assurer *« la permanence de la légitimité dans un monde troublé ».* La référence omniprésente à la « légitimité » (5 occurrences en quelques minutes), à la *« morale »* et à *« l'honneur »* révèle le souci de se placer dans la *« logique de l'évidence »,* voire du *« jugement esthétique »,* bref dans le régime de *« l'ineffable »* propre au sentiment d'exception. (v., sur ces concepts, SAINT-BONNET, F., « Exception, nécessité, urgence », *art. cit.,* p.677)

[75] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.74

[76] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.81

Comité[77]. De Gaulle s'exprime au nom de l'histoire[78] ; il relie mai 1958, à novembre 1917 et juin 1940. Son propos est clair : l'article 16 a vocation à obliger le chef de l'Etat à répondre de la *légitimité* républicaine (ce qui précisément manquait à Albert Lebrun en 1940)[79], tout en restant dans le cadre de la *légalité* (ce qui précisément manquait à Charles de Gaulle en 1940, l'affaiblissant sur le plan international)[80] – ce à quoi était parvenu, en 1917, Raymond Poincaré à la faveur d'une simple initiative personnelle[81].

1059. Par ailleurs, le contexte de la guerre froide n'est, pas moins que les circonstances de 1940 ou la guerre d'Algérie, déterminant pour comprendre l'élaboration de l'article 16. De Gaulle évoque très clairement la menace nucléaire – ces *« bombes atomiques suspendues sur nos têtes »* [82] – comme justification de l'utilité des pouvoirs exceptionnels. Ces divers arguments suffisent à convaincre le Comité consultatif constitutionnel. Le projet d'article 16 est adopté rapidement le jour-même, sans provoquer d'hostilité manifeste. Le Comité associe néanmoins le Conseil constitutionnel à la constatation de la réunion des conditions de déclenchement du dispositif, et impose la réunion du Parlement de plein droit, sans possibilité de dissolution de l'Assemblée nationale, pendant sa mise en œuvre[83].

ii) Le témoignage décisif de René Cassin devant le Conseil d'Etat

1060. Le principe de l'article 16 n'est guère controversé devant le Conseil d'Etat. Rares sont ceux de ses membres qui s'interrogent sur l'opportunité du dispositif, ou en soulignent

---

[77] Les propos de Marcel Waline en témoignent : *« nous sommes convaincus, en tout cas je le suis personnellement et je crois que nous le sommes tous, surtout après la déclaration du président du Conseil, que l'article [16] est tout à fait nécessaire. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.327)

[78] A propos de l'article 16, Raymond Janot dit d'ailleurs : *« c'est un article, je dirais, presque à caractère historique… l'Histoire existe aussi dans l'avenir »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.102)

[79] De Gaulle relate les propos d'Albert Lebrun, à propos de l'épisode de 1940 : *« Je n'étais pas responsable. J'étais responsable simplement de constituer un gouvernement. En vertu de la Constitution, je n'étais pas responsable de l'indépendance, je n'étais pas responsable de l'intégrité, je n'étais même pas responsable de la légitimité. Tout ce que je pouvais faire, c'était désigner un gouvernement. »* (p.301). De Gaulle continue : *« Qui eut répondu de la France et de la République, je vous le demande, dans les termes de la Constitution de 1946 ? Personne ! (...) [Q]ue le chef de l'Etat, étant là pour cela, ait la responsabilité personnelle de maintenir la légitimité républicaine et, s'il le fallait aussi et corrélativement, dans le cas de guerre, l'indépendance et la souveraineté, je crois que c'est le bon sens. (...) Il faut donc que la Constitution l'y oblige. »* (*ibid.*)

[80] *« Il faut que la Constitution lui en donne le mandat. »* (*ibid.*) Le Conseil d'Etat est particulièrement réceptif à cet argument (*cf. infra*, n°1060 s.)

[81] *« Je crois que le président Poincaré a pris là* [nda : en appelant Clémeanceau aux affaires] *une initiative digne de son rôle de chef de l'Etat et qui, dans un moment extrêmement grave (...) a joué d'une façon fort importante, et constitutionnelle d'ailleurs, sur le développement des évènements et le salut du pays. »* (*ibid.*)

[82] *ibid.,* p.301

[83] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.326-329

les dangers : le parallèle avec l'article 48 de la Constitution de Weimar, bien qu'évoqué[84], ne convainc pas. L'intervention de René Cassin est déterminante. Il faut reconnaître au chef de l'Etat le pouvoir d'incarner la légitimité républicaine *depuis* et *aux yeux* de l'étranger[85] ; *a fortiori*, à l'heure de la menace atomique[86]. A la suite de ce témoignage, le projet d'article 16 est adopté sans difficulté.

1061. Quoi qu'on en dise, l'article 16 n'est pas celui qui cristallise les plus vives oppositions au cours du processus constituant. Le poids des circonstances – passées, présentes et à venir – justifie l'atteinte aux idéaux constitutionnels. Surtout, l'article 16 n'innove en rien ; il n'est qu'une substitution légale-rationnelle à un dispositif d'exception exercé jusqu'alors sous le seul empire des faits, et en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Non moins important, l'article 92 passe quant à lui presque inaperçu.

b) L'article 92[87] : assurer les pouvoirs suffisants au Gouvernement

1062. Abrogé en 1995, l'article 92 de la Constitution revêt initialement une importance considérable. Depuis juin 1958, les travaux des assemblées parlementaires sont ajournés. La loi n°58-520 du 3 juin 1958, relative aux pleins pouvoirs, habilite, pour une durée de 6 mois, le Gouvernement du général de Gaulle à abroger, modifier ou remplacer la législation en vigueur, sous réserve de ne porter atteinte aux matières traditionnellement réservées à la loi. Bien qu'il dispose (jusqu'à décembre au moins) de l'essentiel des fonctions législation, le Gouvernement introduit rapidement le texte du futur article 92 dans l'avant-projet de Constitution[88]. Deux raisons semblent le justifier. La première est juridique : les archives révèlent la crainte d'un *vide juridique* au cours de la période transitoire, dans l'hypothèse où

---

[84] v. les propos des conseillers Lachaze et Morellet, devant l'Assemblée générale, le 27 août 1958 (*DPS,* vol. 3, p.322 et p.323)

[85] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 3, p.323-324 : *« Ce que le général de Gaulle n'a pas dit lui-même, c'est qu'en plein Conseil des ministres on a contesté le droit au président de la République* [nda : Albert Lebrun en 1940] *de quitter le sol de la France et d'emporter la légitimité avec lui. Et, à ce moment-là, on a opposé le régime monarchique, par exemple, celui de la Hollande à celui de la République française. (...) [I]l faut bien dire que le peuple hollandais a nettement bénéficié de ce qui est une prévision constitutionnelle, parce que la reine est partie dans un délai tellement court (...) qu'elle n'a pas pu emmener avec elle ni fonctionnaires, ni ministres (...). »*

[86] Cassin l'évoque, lui aussi, sans détour : *« Songez un peu à ce qui se présenterait si nous avions une guerre, sinon atomique, mais une guerre aérienne cruelle, et si les Pouvoirs publics français étaient dispersés, si le chef de l'Etat était obligé d'aller à l'étranger !... »* (*ibid.,* p.324)

[87] v. sur cet article, LE BOS - LE POURHIET, A.-M., *L'Article 92 de la Constitution de 1958,* Paris : Economica, 1981, 94 pages

[88] Le futur article 92 apparaît, dans l'avant-projet de Constitution, le 15 juillet 1958 à la suite de la mise au point rédactionnelle de l'ensemble du texte par Debré, Janot, Mamert et Solal-Céligny au château de la Celle-Saint-Cloud (*DPS,* vol. 1, 441)

l'installation des nouvelles institutions tarderait à intervenir [89]. La question est particulièrement évoquée devant le Conseil d'Etat, et prend la forme de véritables « scénarios catastrophes »[90]. En vérité, il semble que le Gouvernement n'ait pas voulu reproduire le vide juridique de la Constitution de 1946 qui – silencieuse sur les pouvoirs de l'Exécutif au cours de la période transitoire – avait conduit l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à opérer une interprétation constructive des textes des 2 novembre 1945 et 27 octobre 1946, appuyée sur les principes généraux du droit (*cf. supra,* n°534 s.).

1063. La seconde raison est politique : la loi du 3 juin 1958 relative aux pleins-pouvoirs, bien qu'applicable jusque décembre 1958, s'avère rapidement insuffisante pour le Gouvernement. La réserve de loi[91] – introduite à l'alinéa 2 par l'Assemblée nationale – lui interdit d'intervenir en matière *fiscale* mais aussi, et surtout, en matière *électorale*. Or, pour le Gouvernement – qui s'était engagé (par la voix de Guy Mollet) à ne pas inclure la question électorale dans la Constitution[92] – il est inadmissible de faire élire la nouvelle Assemblée nationale sur le fondement de la loi électorale du 9 mai 1951, toujours en vigueur. Seule une habilitation constitutionnelle autorisant expressément le Gouvernement à légiférer en matière électorale permettrait de résoudre ce dilemme[93] ; si bien qu'on peut se demander si l'article 92 n'a pas été rédigé pour contourner les interdictions de la loi du 3 juin 1958.

1064. *« Ces pouvoirs suffisent-ils au Gouvernement ? »*[94] Tel est essentiellement la question à laquelle s'intéresse le Conseil d'Etat. Comme souvent sous la IVe République, le Conseil d'Etat porte la plume lorsqu'il s'agit d'écrire les dispositifs d'habilitation. Le Gouvernement s'en remet pleinement à lui : *« Ce qu'il faut,* indique Raymond Janot, *c'est que le pouvoir législatif puisse s'exercer par un certain nombre d'actes qui auront valeur législative. Voilà*

---

[89] v. les propos de Raymond Janot devant la commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, le 26 août 1958 : *« je crois tout de même que l'on ne peut pas risquer de se trouver en présence d'un vide juridique »* (*DPS,* vol. 3, p.232) ; v. aussi les propos de Jérôme Solal-Céligny, le 28 août (*DPS,* vol. 3, p.438)

[90] v. les propos de Jérôme Solal-Céligny, le 28 août 1958 : *« si le Gouvernement meurt, pour ne pas dire autre chose, il n'y a plus de Gouvernement. »* (*DPS,* vol. 3, p.438) ; v. encore les propos de François Luchaire : *« Et si le Président de la République meurt, que se passe-t-il ?... »* (*ibid.,* p.439), et encore : *« et s'il arrive un accident au Président de la République »* (*ibid.*) La *date* d'un tel scénario (avant ou après la promulgation de la nouvelle Constitution) conditionnerait d'ailleurs le régime applicable (*ibid.*)

[91] Alinéa 2 de l'article unique de la loi du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs

[92] J.O., Assemblée nationale, page 2624 – 2e séance du 2 juin 1958.

[93] Le dilemme est présenté de la façon suivante par Michel Debré devant le Comité consultatif constitutionnel le 13 août 1958 : *« Nous nous trouvons devant une situation qui est très nette. Le Gouvernement ne peut pas prendre par ordonnance* [nota : sur le fondement de la loi du 3 juin relative aux pleins pouvoirs] *la loi électorale ; le Gouvernement s'est engagé à ne pas mettre de disposition électorale dans la Constitution ; d'autre part, le Gouvernement ne peut pas appliquer la loi électorale actuelle. Il est donc amené à prendre une disposition [pour] se faire donner par référendum le droit de faire une loi électorale pour la future Assemblée. (...) Il est bien entendu qu'il n'y a pas d'autre possibilité juridique que celle-là. »* (*DPS,* vol. 2, p.520)

[94] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 26 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.229

le résultat que l'on veut obtenir. »[95] La Commission constitutionnelle remarque que, tel qu'il est formulé, le projet d'article est considérablement restrictif des pouvoirs du Gouvernement[96] et s'en tient à une formulation lui octroyant les pouvoirs *« nécessaires »* [97], sous réserve de *« respecter les libertés publiques fondamentales »*[98]. L'irrecevabilité du recours contentieux à l'encontre des ordonnances ainsi édictées – aussitôt actée[99] – rend la portée d'une telle réserve purement théorique ; elle explique que l'Assemblée générale n'ait aucune difficulté à admettre cette large (et hypothétique) limitation des pouvoirs gouvernementaux. A l'initiative de Jean Hourticq, on prend néanmoins soin d'imposer la double consultation du Conseil d'Etat et du Conseil des ministres sur les projets d'ordonnances à intervenir[100]. C'est ici consacrer, au niveau constitutionnel, les formes classiquement exigées pour l'exercice de la législation gouvernementale par décrets-lois, depuis le 17 août 1948 (*cf. supra,* n°731 s.).

1065. L'article 92 aura une portée considérable : il est le fondement de 284 ordonnances de nature législative rédigées entre la promulgation de la Constitution et le 4 février 1959[101], relatives à la mise en place des institutions et à la réforme de l'Etat, parmi lesquelles figurent 24 ordonnances de caractère organique. Certaines d'entre-elles sont encore en vigueur aujourd'hui. Surtout, il permet au Conseil d'Etat – obligatoirement consulté sur les projets d'ordonnances – de s'ériger en véritable co-législateur jusqu'à la mise en place des nouvelles institutions, et de réguler ainsi toute la transition constitutionnelle (*cf. infra,* n°1129). En soi, l'article 92 n'innove en rien. Il est la formulation constitutionnelle d'une habilitation que l'Exécutif détenait jusqu'alors en vertu du principe de continuité des services publics, dégagé par la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il est remarquable que cet article – renouant avec la pratique des anciens « décrets-lois » (au sens napoléonien du terme) – ait suscité moins de réprobations que la question des projets d'articles 21, 34, 37, 38 et 41.

---

[95] *ibid.*

[96] La version de l'article étudiée par la Commission constitutionnelle est celle dont Jérôme Solal-Céligny donne lecture : *« le Gouvernement pourra également prendre en toutes matières par ordonnances ayant force de loi, les mesures nécessaires au fonctionnement des Pouvoirs publics, à l'équilibre économique et financier de la nation, à la protection des personnes et des biens et à la sauvegarde du territoire. »* (*DPS,* vol. 3, p.229). Pour le Président Josse, cette rédaction énumérative *« limite considérablement les pouvoirs du Gouvernement dans une série de matières. »* (*ibid.*)

[97] *ibid.,* p.229 et p.249

[98] *ibid.,* p.232

[99] *cf. supra,* introduction générale, n°24, note 106

[100] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.437, et p.535

[101] Note [du 15 février 1959] relative aux ordonnances prises en vertu de l'article 92 de la Constitution. Archives du Secrétariat général du Gouvernement. Reproduite *in : Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 3, 8 janvier 1959 – 27 avril 1959, op. cit.,* p.397-398.

2) Les habilitations des temps ordinaires (articles 21, 34, 37, 38 et 41) : mise en perspective

1066. L'écriture des habilitations de l'Exécutif à légiférer dans les temps ordinaires est particulièrement difficile, tant la question est technique et les hésitations sont grandes en juin 1958. Si le résultat à obtenir est clair – traduire dans un texte un système d'habilitations permettant, le cas échéant, au Gouvernement de modifier de lui-même la législation formelle en vigueur – les moyens d'y parvenir demeurent incertains. Quand s'ouvre le processus constituant, aucune option n'est privilégiée, aucun mécanisme parfaitement élaboré ou cohérent. Le système ne trouve son équilibre définitif que progressivement, au fil des rédactions et modifications parfois marginales présentées devant le groupe de travail et le conseil interministériel en juin-juillet 1958. Ce processus est très exactement retracé par Jean-Louis Pezant[102], à l'étude duquel on renvoie largement. On se contente ici d'une mise en perspective historique et critique : l'analyse diachronique permet de comprendre le choix du système retenu (b), parmi la diversité des hypothèses envisagées (a).

a) La diversité des systèmes envisagés

1067. Les archives révèlent qu'ont été imaginés, entre juin et juillet 1958, au moins trois ou quatre systèmes d'habilitations différents. On doit à Jérôme Solal-Céligny – rapporteur de ces questions devant le groupe de travail – leur mise en forme, sinon leur conception. Ces systèmes – reproduits en Annexe n°28 – ont pour point commun de reconnaître à l'Exécutif l'exercice direct des fonctions primaires de législation. Ainsi sont envisagés : la délégation (i), le contrat d'investiture (ii), la coordination des domaines (iii), la législation par alternance (iv).

i) Système 1 : la « délégation »

1068. Le premier système est celui de la « délégation »[103]. Pour Jérôme Solal-Céligny, il s'agit de la *« technique traditionnelle des décrets-lois »* [104]. Les fonctions de législation du

[102] PEZANT, J.-L., « Les dispositions instituant un système de délimitation des compétences législatives et réglementaires », *art. cit.*

[103] Qualifié comme tel, par Jérôme Solal-Céligny (« Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative » (vers le 2 juillet 1958), adressée au groupe de travail (*DPS,* vol. 1, p.334). Le système est mal nommé : l'indisponibilité des compétences interdit l'hypothèse de la délégation. Il s'agit en réalité d'un système classique de législation gouvernementale sur habilitation (c'est-à-dire autorisation) législative.

[104] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative » (vers le 2 juillet 1958), adressée au groupe de travail (*DPS,* vol. 1, p.334)

Parlement et du Gouvernement demeurent *hiérarchisées.* Aucun domaine n'est interdit à la loi mais le Parlement peut ponctuellement, par une loi d'habilitation, autoriser l'Exécutif à modifier la législation formelle en vigueur. Ce système ne se distingue pas des « pleins-pouvoirs » classiques, régulièrement attribués à l'Exécutif depuis 1924. Il constitue, en somme, l'antithèse de l'article 13 de la Constitution de 1946, et trouvera une consécration formelle à l'article 38 de la Constitution de 1958.

ii) Système 1-bis : le contrat d'investiture

1069. Ce système est une déclinaison du système précédent. Ici, *« l'habilitation doit être regardée comme consentie au Gouvernement sans limitation de durée du seul fait qu'il n'a pas été censuré à la suite d'une déclaration contenant l'exposé de son programme. »*[105] Il ne se distingue du système précédent que par la *durée* (indéterminée) des pouvoirs spéciaux attribués à l'Exécutif et revêt la particularité d'être adossé à la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement. Il est donc une forme *rénovée* du système des « pleins pouvoirs ».

iii) Système 2 : la coordination des domaines

1070. Le système est improprement qualifié par Jérôme Solal-Céligny de technique de la *« délégalisation »* ou du *« classement »*[106]. Ici, les fonctions de législation du Parlement et du Gouvernement ne sont plus hiérarchisées mais *coordonnées,* sur la base d'une détermination matérielle. Cette coordination est, par définition, exclusive de toute dimension hiérarchique (*cf., supra,* n°885, note 1) et implique donc l'existence de *réserves* législatives et réglementaires. Des mécanismes de protection et de sanction figurent, dès juin 1958, sous la plume de Jérôme Solal-Céligny et de Louis Bertrand sous la forme de dispositifs *d'irrecevabilité* (futur article 41) et de *déclassement* (futur article 37, al.2)[107]. Ils supposent, pour fonctionner, la création d'un organe d'arbitrage spécifique – « le Comité constitutionnel » – associé dès l'origine à l'exercice du mécanisme.

---

[105] « Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958 (*DPS,* vol. 1, p.368)

[106] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative » (vers le 2 juillet 1958), adressée au groupe de travail (*DPS,* vol. 1, p.334) Les termes sont impropres, car ils sont précisément et constamment utilisés par la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat avant 1958 pour rendre compte de l'opération d'habilitation législative, dans le cadre de la procédure des décrets-lois, aux lieu et place du concept inexact de « délégation » (*cf. supra,* n°626 s.).

[107] v., Propositions relatives à la possibilité pour le Gouvernement de prendre des ordonnances de valeur législative », 2 juillet 1958, (*DPS,* vol. 1, p.336) ; Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel, textes proposés, 2ème système (*DPS,* vol. 1, p.369)

iv) Système 3 : la législation par alternance[108]

1071. Dans ce système, les fonctions de législation du Parlement et du Gouvernement sont coordonnées sur la base d'un critère *temporel*. Il est pensé, par Michel Debré, comme le corollaire nécessaire de la réduction de la durée des sessions parlementaires[109]. 1° Au cours des sessions, les relations entre la loi et le règlement demeurent hiérarchiques et formelles, avec la possibilité d'une « délégation » telle qu'envisagée dans le système 1 (*cf. supra*, n°1068). 2° En dehors des sessions, les relations entre la loi et le règlement deviennent horizontales, la coordination temporelle se double alors d'une coordination matérielle. L'Exécutif est libre de réguler, par ordonnances, les matières non comprises dans le champ des matières réservées à la loi. Il peut, en ce domaine abroger les dispositions législatives votées au cours des sessions. La protection du domaine réglementaire est assurée, en dépit de l'absence de mécanismes d'irrecevabilité et de déclassement, par l'absence de réunion des assemblées en dehors des sessions.

1072. A l'exception du dernier, tous ces systèmes se retrouvent, d'une certaine manière – et de façon parfois purement grammaticale – dans le système définitivement retenu par les articles 21, 34, 37, 38 et 41 du nouveau texte constitutionnel. Reste à expliquer les causes du choix retenu et comprendre pourquoi, pensés comme alternatifs, les systèmes sont progressivement devenus complémentaires.

b) Le choix du système retenu

1073. Des développements précédents, il ressort que le système des articles 21, 34, 37, 38 et 41 ne s'est pas fait d'un coup. Il est le résultat d'incertitudes et d'hésitations, constamment rappelées par les grands témoins du processus constituant[110] et procède aussi d'un souci de conciliation, voire d'équilibre, entre les différents systèmes initiaux afin de satisfaire leurs

[108] Parfois qualifié de système de « compétences concurrentes » par Jérôme Solal-Céligny (« Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative » (vers le 2 juillet 1958), adressée au groupe de travail (*DPS,* vol. 1, p.334). Là encore le terme est impropre car, pour Guillaume Tusseau, *« une compétence concurrente se définit précisément par le fait que divers acteurs produisent des normes relatives au même objet. »* (*Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.410) Il s'agit par exemple des différentes autorités de police sur un même territoire.

[109] Celle-ci est actée dès la première réunion du groupe de travail, le 12 juin (*DPS,* vol. 1, p.243), et tient à cœur à Michel Debré depuis longtemps. (v. AROMATARIO, S., *op. cit.,* p.93)

[110] En 1977, Raymond Janot témoigne : *« Ne croyez surtout pas que chaque rédaction ait correspondu à un système de pensée complètement élaboré. Disons que nous avons petit à petit construit notre système et que c'est la phase finale qui doit être envisagée. (...) [N]ous avons simplement développé petit à petit une idée qui au début était mal formulée parce que sans doute nous n'avions pas tout le talent qui eût été souhaitable. »* (JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.68) ; v. encore, SOLAL-CELIGNY, J., *Droit public approfondi : la loi et le règlement, op. cit.,* p.29

partisans respectifs. La conjoncture (ii) est donc, aux côtés des structures (i), d'une influence déterminante pour comprendre le choix opéré en 1958.

i) Le poids des structures : « le sens de l'histoire »[111]

1074. Sans surprise, les deux systèmes que consacre la Constitution de 1958 sont les deux systèmes les plus en vogue (*« dans l'air »*[112] selon les mots de Solal-Céligny) à la fin de la IVe République : la coordination des domaines (articles 34, 37 et 41) et la « délégation » (article 38). Des trois systèmes discutés en juin-juillet 1958, un sera complètement écarté (le système 3), un sera retenu à titre accessoire (le système 1 / 1-bis), un sera retenu à titre principal (le système 2). Cet équilibre résulte d'un héritage que l'on peut présenter sous la forme d'une *« double dette »*[113] négative (par réaction) et positive (par intégration) des systèmes imaginés et pratiqués sous les IIIe et IVe Républiques.

α) La dette négative : le refus d'un système inconnu

1075. On ne peut comprendre les choix opérés en 1958 qu'en replaçant les projets dans une généalogie. Inconnu du droit positif français, le système 3 de législation par alternance est progressivement écarté. Il a pourtant la préférence de Michel Debré jusqu'à la mi-juillet. C'est donc sur la base du système 3 que s'engagent les premières discussions au sein du groupe des experts les 2 et 3 juillet 1958. Le compte-rendu de la réunion établi révèle une opposition *« quasi-unanime »*[114] au texte. Les représentants des ministres, François Luchaire (conseiller technique au cabinet de Louis Jacquinot), André Chandernagor (conseiller technique au cabinet de Guy Mollet) et Erwin Guldner (conseiller technique au cabinet de Pierre Pflimlin) s'élèvent tous trois *« contre l'idée d'un va-et-vient du pouvoir législatif entre l'Assemblée et le Parlement. On verra des tribunaux ou des sous-préfectures supprimés par l'un, rétablis par l'autre, il n'y aura plus de sécurité juridique. »*[115] (on souligne) Ils sont rejoints dans leurs critiques par Raymond Janot[116]. Dans sa note adressée à Guy Mollet,

[111] L'expression est de Nicolas Roussellier (« La Constitution de 1958 allait-elle dans le « sens de l'Histoire » ? »), *art. cit.*
[112] SOLAL-CELIGNY, J., *Droit public approfondi : la loi et le règlement, op. cit.,* p.28
[113] L'expression et la méthode sont empruntées à Emmanuel Cartier (v. « La Ve République doit-elle aux projets avortés de réforme de la IVe République ? », *Les compromis implicites de la Ve République,* Colloque organisé par la fondation Charles de Gaulle, en partenariat avec l'ENA, l'ENS et PSL, 20 et 21 septembre 2018, [Actes à paraître])
[114] Groupe de travail, séance du 3 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.346
[115] Groupe de travail, séance du 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.328-329
[116] *DPS,* vol. 1, p.374

André Chandernagor précise sa pensée ; la législation par alternance paraît constituer *« une source très grave de conflits »* entre le Parlement et le Gouvernement :

> « [du point de vue politique], celui-ci sera très fortement tenté d'introduire par ordonnance dès la fin de la session, les dispositions qu'il n'aura pu obtenir du Parlement. A la session suivante, ou bien le Parlement se laissera violer ou bien il fera « sauter » le Gouvernement. Du point de vue de la technique juridique, il sera impossible de déterminer dans un texte pris par ordonnance, modifié par la loi puis par une ordonnance ou vice versa, ce qui est législatif et ne peut par conséquent être attaqué devant le Conseil d'Etat et ce qui, étant réglementaire, peut encourir l'annulation devant la juridiction contentieuse. »[117]

En vérité, en l'absence de « fait majoritaire » – à cette date, personne ne peut présager qu'il adviendra – le système de la législation par alternance fait craindre les pires blocages institutionnels. Il faut l'autorité des ministres d'Etat Jacquinot, Mollet et Pflimlin, au cours du Conseil interministériel du 7 juillet 1958, pour que le système soit définitivement abandonné[118], contre l'avis de Michel Debré.

β) La dette positive : l'héritage du réformisme de la IVe République

1076. Le système retenu par l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958 s'inscrit dans l'héritage du « second train » de la révision constitutionnelle de la IVe République. Il est une combinaison des systèmes imaginés pour remédier à l'inconstitutionnalité des décrets-lois sous l'empire de la Constitution de 1946 (*cf. supra,* n°753 s., n°757 s.), et implique de conférer un fondement autonome au pouvoir réglementaire.

1077. Le contrat de législature (ou d'investiture). Imaginée et inaugurée par Pierre Mendès France dès 1954, l'idée du « contrat de législature » [119] apparaît comme une

---

[117] « Notes rédigées par André Chandernagor pour M. Guy Mollet, ministre d'Etat, en vue du Conseil interministériel du 7 juillet 1958 », *DPS,* vol. 1, p.373-374 ; v. dans le même sens, « Notes rédigées par François Luchaire pour M. Louis Jacquinot, ministre d'Etat, en vue du Conseil interministériel du 7 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.379

[118] Rétrospectivement, Jérôme Solal-Céligny reconnaîtra que c'eût été *« certainement un mauvais système »,* voire qu'il eût été *« dangereux »* (*Droit public approfondi : la loi et le règlement, op. cit.,* p.29), car il eût risqué de *« conduire à une sorte de course entre le Gouvernement et le Parlement pour l'évocation d'une question donnée, à une instabilité de législation et, en fin, de compte, à d'incessants et graves conflits entre les organes législatifs et exécutifs »* (SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *art. cit.,* p.246 ; v. les mêmes observations réitérées *in :* BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.74)

[119] *« Le gouvernement qui sollicite l'investiture parlementaire le fait sur la base d'un programme de travail précis et concret, comportant l'énumération des mesures qu'il entend prendre et un calendrier de réalisation. Le vote d'investiture implique approbation de ces propositions et engagement, de la part des parlementaires, de les voter le moment venu. (…) Si néanmoins un conflit survient par la suite, le Gouvernement doit avoir le droit de procéder à la dissolution de l'Assemblée afin que le pays puisse rendre son arbitrage. »* (MENDES FRANCE, P., *Œuvres complètes. 4, Pour une République moderne : 1955-1962,* Paris : Gallimard, 1987, 969 pages, spéc. p.787)

alternative crédible à la succession répétée des lois de pleins-pouvoirs. La SFIO et le MRP la reprennent à leur compte dans les dernières années de la IVe République[120] et Pierre Pflimlin entend la constitutionnaliser en mai 1958, en l'adossant à la révision de l'article 13 de la Constitution de 1946 (*cf. supra,* n°757 s.). La réforme n'aboutit pas, mais l'idée reparaît quelques semaines plus tard devant le groupe de travail, les 2 et 3 juillet 1958, comme alternative au « système Debré » de législation par alternance. Elle est alors défendue, non seulement par Erwin Guldner, représentant Pierre Pflimlin, mais aussi par les représentants André Chandernagor et François Luchaire, au nom de Guy Mollet et de Louis Jacquinot[121]:

> « [I]l conviendrait, remarque François Luchaire dans ses notes personnelles, de prévoir dès la nomination du Gouvernement un scrutin d'investiture qui donnerait automatiquement au Gouvernement pour deux ou trois ans les pouvoirs les plus larges, même dans le domaine précédemment légiféré et pour une période de deux ou trois ans. Ainsi se formerait entre le Parlement et le Gouvernement un contrat assurant la continuité de la politique gouvernementale. Si l'on adopte cette idée, il faudra supprimer le principe d'une mise en jeu annuelle de la responsabilité gouvernementale ; au contraire, le Gouvernement investi pour deux ou trois ans, muni des pleins pouvoirs législatifs, ne pourrait être renversé qu'à la suite d'une procédure exceptionnelle, le budget lui-même serait voté pour deux ou trois ans.
>
> Il faut bien comprendre que, si les artifices juridiques peuvent, à la rigueur, donner au Gouvernement une certaine durée, il ne lui donne pas une véritable force. Ce qui fait la force du Gouvernement dans n'importe quel pays, c'est qu'il est à la tête d'une majorité. »[122] (on souligne)

Ces propos de François Luchaire (par ailleurs, professeur de droit public) sont symptomatiques de la position de la doctrine constitutionnelle à la fin de la IVe République[123] : à rebours de la position défendue par les « techniciens », la rénovation du régime parlementaire ne proviendra pas d'une ultime rationalisation des mécanismes constitutionnels (ces *« artifices juridiques »* qui ont montré leur échec depuis 1946), mais de l'avènement d'un « fait majoritaire ». Il est aussi le système le plus respectueux de la souveraineté parlementaire ; et permettrait de renouer avec l'idée de *confiance*, au fondement du système parlementaire, censée justifiée – depuis John Locke[124] – l'augmentation des pouvoirs de l'Exécutif dans le constitutionnalisme libéral.

---

[120] *cf., supra* n°753 s., les propositions de Chandernagor adressées en octobre et décembre 1956 au président Mollet. S'agissant du MRP, v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.586, note 2102. Le système du « contrat d'investiture » (préalable au « gouvernement de législature ») est porteur de l'héritage réformiste « mendésiste », auquel se rallie progressivement dans les dernières années de la IVe République, comme le démontre Benjamin Fargeaud, la *« gauche doctrinale »* (*ibid.,* p.194 et s. et p.628 et s.), mais aussi une partie de la SFIO et du MRP.

[121] Groupe de travail, séances des 2 et 3 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.328, et p.346

[122] Remarques personnelles sur la séance du groupe de travail du 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.328

[123] FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.194 et s. ; et p.628 et s.

[124] v. MONTAY, B., *op. cit.,* p.627 et s.

1078. Initialement réprouvé par Michel Debré, comme rétablissant le « débat d'investiture »[125], le système du « contrat de législature » retrouve un intérêt à la suite du Conseil interministériel du 7 juillet 1958 (date à laquelle le système de la législation par alternance est définitivement abandonné, contre l'avis du Garde des Sceaux) : il devient alors une solution de compromis. Il est accepté – *à titre accessoire* – comme un procédé d'ouverture du domaine réservé à la loi. En témoignent les formules retenues dans le projet de futur article 38, à la mi-juillet 1958 :

> « L'approbation par les Assemblées du programme de politique générale exposé devant elles par le Premier ministre comporte pour celui-ci l'autorisation de prendre des ordonnances, dans certaines matières mentionnées à l'article [34]. »[126] (on souligne) ;

Et, quelques jours plus tard :

> « le Gouvernement peut demander aux Assemblées, après approbation de son programme, l'autorisation de prendre par ordonnance, pendant une durée limitée, des dispositions de portée générale dans certaines des matières mentionnées à l'article [34] »[127] (on souligne)

Ces éléments permettent d'expliquer le maintien de la mention *« pour l'exécution de son programme »* dans l'actuel article 38 de la Constitution : elle est la résurgence d'une formule et d'un dispositif transactionnels introduits dans l'avant-projet de Constitution à l'initiative des ministres d'Etat, imprégnés de l'idée du « contrat de législature » héritée du réformisme – mendésiste – de la IVe République.

1079. La coordination des domaines. Initialement écartée comme trop *« rigide »,* voire trop *« théorique »,* et risquant d'aboutir au *« gouvernement des juges »*[128], l'idée de la coordination des domaines de la loi et du règlement (le système 2) devient rapidement le « plan B » des gaullistes à la suite du rejet du système de législation par alternance, au cours du Conseil interministériel du 7 juillet. Il apparaît, par défaut, comme le seul système susceptible de conférer à l'Exécutif l'autonomie législative, indépendamment de toute

---

[125] Les pouvoirs de l'Exécutif sont laissés à la *« discrétion »* du Parlement, conditionnés par le vote d'une loi d'habilitation, voire *« au caractère aléatoire d'un débat »,* lequel incite au *« marchandage »* et dépend de la *« conjoncture politique »* (« Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel (*DPS,* vol. 1, p.368)

[126] Avant-projet de Constitution (vers le 10 juillet 1958), mis au point après les Conseils interministériels des 7, 8, 9 et 10 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.420

[127] Avant-projet de Constitution du 15 juillet 1958, dit « Projet de la Celle-Saint Cloud », mis au point par Debré, Janot, Mamert et Solal-Céligny, *DPS,* vol. 1, p.434

[128] « Note relative à la séparation des pouvoirs et à la fonction législative » (vers le 2 juillet 1958), adressée au groupe de travail (*DPS,* vol. 1, p.334) ; « Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel (*DPS,* vol. 1, p.368) ; v., sur cette question, MEUNIER, J., « La rhétorique du gouvernement des juges et la répartition des compétences normatives dans les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 », *in : Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel,* 489 pages, p.117-125

habilitation parlementaire (fût-ce sous la forme d'un « contrat de législature »). A la mi-juillet, le système de la coordination des domaines législatif et réglementaire s'impose donc à titre principal, avec tous les dispositifs corollaires en assurant la protection : l'irrecevabilité (futur article 41) et le déclassement (futur article 37, al. 2)[129] (*cf. infra*, n°1124 s.).

1080. Résultat du double rejet du système de la législation par alternance et du « contrat d'investiture », le choix du système de la coordination des domaines législatif et réglementaire paraît presque accidentel. En vérité, ce dispositif s'impose durablement, depuis plus d'une décennie, comme alternative crédible aux décrets-lois (*cf. supra,* n°1002 s., 1007 s.). Le système est particulièrement en vogue dans les dernières années de la IVe République, à tout le moins aux yeux d'une jeune et nouvelle génération de « techniciens », car – à la faveur de ses emprunts au modèle de la monarchie limitée – il a le mérite de réconcilier les partisans de la rénovation du régime parlementaire et ceux de l'avènement du régime présidentiel[130]. Structurellement déterminé, le « choix » du système 2 à titre principal, à l'été 1958, n'est donc qu'apparent.

1081. La consécration formelle du pouvoir réglementaire. Dès lors qu'est admis le système de la coordination des domaines de la loi et du règlement, il devient impossible de fonder le pouvoir réglementaire par référence unique à *l'exécution des lois*. L'alinéa 1er du futur article 21 de la Constitution de 1958 tire les conséquences de la coordination instituée par le titre V. Ainsi, contrairement à l'idée reçue, l'article 21 n'institue pas un « pouvoir réglementaire dérivé », par opposition à l'article 37 qui instituerait un « pouvoir réglementaire autonome ». En reconnaissant que *« sous réserve des dispositions de l'article 13, le Premier ministre exerce le pouvoir réglementaire (...) »*, il confère au pouvoir réglementaire un titulaire et un fondement autonome de la loi, corollaire indispensable des articles 34, 37, 38 et 41. La référence à « l'exécution des lois » à l'article 21 n'infirme en rien cette analyse : elle n'est que le champ *alternatif* d'une habilitation à géométrie variable. De ce point de vue, l'avant-projet d'article eût certainement constitué une meilleure rédaction :

> « Le pouvoir réglementaire, exercé tant en vertu des dispositions de l'article [37], qu'en vue d'assurer l'exécution des lois, appartient au Premier ministre. »[131]

Les rédacteurs de la Constitution ont donc *expressément* entendu opérer un découplage entre le « pouvoir réglementaire » et « l'exécution des lois ». Ainsi, la formule examinée par

---

[129] Sur l'écriture des articles 41 et 37, al.2, v. PEZANT, J.-L., *art. cit.,* p.551-555 et p.562-566. Sur l'écriture de l'article 41, v. aussi OLIVA, E., *op. cit.* ; *cf.* enfin, *infra,* n°1126 s.

[130] Sur ces deux tendances du révisionnisme de la IVe République, v. FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.595 et 603

[131] *DPS,* vol. 1, p.253

le groupe de travail du 27 juin : *« Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois et des ordonnances »*[132] est progressivement abandonnée au profit d'une formule plus générale : *« Le Premier ministre dispose du pouvoir réglementaire »*[133], d'ailleurs initialement intégrée à l'alinéa 1er du projet d'article 37, dans le projet de titre V. Ainsi donc la reconnaissance autonome du pouvoir réglementaire est le corollaire indispensable de la reconnaissance du pouvoir réglementaire autonome.

1082. En déplaise aux gaullistes, le système normatif de la Ve République est structuré par l'héritage réformiste de la IVe République. Le dispositif des articles 34, 37, 38 et 41 – tel qu'il figure dans la version définitive de la Constitution – procède de choix et de représentation directement empruntés au réformisme antérieur. Ces considérations ne doivent pas voiler l'influence déterminante de la conjoncture pour comprendre l'équilibre définitif du système retenu.

ii) L'influence déterminante de la conjoncture : « la part de surprise »

1083. Il y a incontestablement une part de *« surprise »*[134] – et d'imprévisibilité – dans l'équilibre du système définitivement retenu par la Constitution. Elle résulte de la conjoncture politique propre aux circonstances de 1958. Ainsi, s'expliquent l'avènement du pouvoir réglementaire du Président de la République (α) et la combinaison du dispositif des articles 34, 37 et 41 avec celui de l'article 38, initialement pensés comme alternatifs (β)

α) Une volonté gaullienne : la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au Président de la République (article 13)

1084. Imprévisible, la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au Président de la République, par la combinaison des articles 13 et 21 du texte constitutionnel, constitue sans conteste une *« surprise du chef »*[135], liée à la volonté gaullienne d'asseoir la dynamique présidentielle dans le nouvel équilibre institutionnel. Elle est affichée dès la mi-juin 1958 et se traduit – comme un retour à la pratique de 1875 – par l'intention initiale de conférer

[132] Groupe de travail, séance du 27 juin 1958, *DPS,* vol. 1, p.294

[133] Groupe de travail, séance du 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.328. Le compte-rendu établi par François Luchaire ne laisse subsister aucun doute : *« Le texte original ajoutait « pour l'application des lois. » Cette proposition a été supprimée car la jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaissait au chef du Gouvernement le pouvoir de prendre des règlements autres que pour l'application des lois (...). »*

[134] ROUSSELLIER, N., « La Constitution de 1958 allait-elle dans le « sens de l'Histoire » ? », *art. cit.*

[135] *ibid.*

l'intégralité du pouvoir réglementaire au Président de la République, sous réserve du contreseing du Premier ministre[136].

1085. Ici encore, l'intervention des ministres d'Etat (Louis Jacquinot, Guy Mollet et Pierre Pflimlin) et de René Cassin est déterminante dans le tempérament des velléités gaulliennes : à leurs yeux, *« le Président de la République doit être vraiment un arbitre et non pas le chef de l'Exécutif »* [137] (Mollet) ; *« en période normale, c'est le chef du Gouvernement qui doit assurer la marche des affaires »* (Pflimlin)[138] ; *« si le Président de la République signe les ordonnances et les décrets (...),* remarque André Chandernagor, *c'est qu'il est en réalité le chef du Gouvernement, le Premier ministre apparaissant seulement comme son adjoint »*[139]. Or, cette configuration, certainement contraire à l'intention des gaullistes, aurait eu pour conséquence d'altérer le principe de la responsabilité gouvernementale[140], exigée par la loi du 3 juin 1958. Ces arguments emportent la conviction du groupe de travail et du conseil interministériel : le Premier ministre conserve la compétence réglementaire de principe, le Président de la République ne l'exerçant qu'à titre *résiduel* s'agissant des ordonnances et décrets délibérés en Conseil des ministres[141]. Par-là, comme le remarque Jérôme Solal-Céligny dans son exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution du 29 juillet 1958, le Président de la République *« n'intervient dans l'exercice normal de la fonction gouvernementale que par la signature des actes les plus importants et par la présidence du Conseil des ministres »*[142]. Cette disposition n'empêchera pas le chef de l'Etat – suivant les remarques de son conseiller technique Bernard Tricot[143] – de se réattribuer, dès 1959, un large pouvoir réglementaire exercé par décrets non délibérés en Conseil des ministres.

1086. Toujours est-il que la consécration à l'article 13 de la Constitution de 1958 d'un pouvoir réglementaire présidentiel constitue une véritable « surprise », à rebours de la pratique constitutionnelle antérieure. Certes, la pratique de Vincent Auriol et les avis du

---

[136] v. le projet d'article 10 (futur article 13) présenté à la réunion constitutionnelle du 23 juin 1958 et au Conseil interministériel du 30 juin 1958 : *« Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets. »* (*DPS,* vol. 1, p.283 et p.304)

[137] Réunion constitutionnelle du 23 juin 1958, *DPS,* vol. 1, p.277

[138] *ibid.*

[139] Note établie par M. André Chandernagor pour M. Guy Mollet à propos du projet d'articles relatifs au Président de la République soumis au Conseil interministériel du 30 juin 1958 (*DPS,* vol. 1, p.315)

[140] François Luchaire alerte Louis Jacquinot sur cette question : *« Lorsque le Président de la République refuse de signer une ordonnance ou un décret, l'Assemblée nationale peut-elle s'en prendre soit au Président de la République, soit au Premier ministre ? »* (Note pour le Conseil interministériel du 30 juin, *DPS,* vol. 1, p.313)

[141] Article 9 du texte adopté par au terme du Conseil interministériel du 30 juin 1958 (*DPS,* vol. 1, p.307)

[142] Projet d'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution soumis au Comité consultatif constitutionnel le 29 juillet 1958, préparé par M. Jérôme Solal-Céligny (*DPS,* vol. 1, p.522)

[143] v. la « note Tricot » relative au pouvoir réglementaire du Président de la République du 26 mars 1959 (*Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 3, 8 janvier 1959 – 27 avril 1959, op. cit.,* p.711-713)

Conseil d'Etat révèlent, déjà sous la IVe République, une volonté de ne pas réduire le Président de la République à un « soliveau » (*cf. supra,* n°433 s.). Mais rien ne laissait présager l'avènement d'un véritable *« partage »*[144] du pouvoir réglementaire en 1958. Cet épisode témoigne, quoi qu'il en soit, de la volonté de renouer avec un authentique système parlementaire, dans le respect des termes de la loi constitutionnelle du 3 juin[145], et non d'installer un régime présidentiel.

β) Une transaction politique devenue nécessité juridique : la combinaison des systèmes de législation gouvernementale

1087. Dans la pensée réformiste de la IVe République, le système de la délimitation matérielle des domaines de la loi et du règlement (les futurs articles 34, 37 et 41) était envisagé comme une *alternative* au système des décrets-lois (le futur article 38), censée éviter l'abdication répétée du Parlement par la succession des lois de « pleins pouvoirs » (*cf. supra,* n°1006 s.). Étonnamment, la Constitution de 1958 combine ces deux dispositifs. La consécration de l'un ne rendait-elle pourtant pas inutile le recours à l'autre ? Rien ne laissait présager que des systèmes – encore présentés comme alternatifs par Jérôme Solal-Céligny jusqu'au 7 juillet 1958 – fussent devenus *complémentaires* dans l'avant-projet du 29 juillet. On ne peut comprendre cette évolution qu'à la faveur de la conjoncture :

- La complémentarité des deux systèmes est, en vérité, le résultat d'une transaction, permettant de concilier les partisans du système de la coordination des domaines (parmi lesquelles figurent les gaullistes) et ceux du système du « contrat d'investiture » (parmi lesquelles figurent les ministres d'Etat) (*cf. supra*, n°1078 et 1079). Le refus de trancher entre l'un ou l'autre des systèmes (et de mécontenter l'une ou l'autre des parties) explique la combinaison des deux dispositifs, supposément alternatifs.

- Du reste, le Gouvernement y trouve rapidement son compte : l'article 38 apparaît bientôt comme une *« soupape »*[146] de sécurité – voire un *« remède »*[147] – permettant de compenser les imperfections des articles 34, 37 et 41, dont on craint dès l'origine et depuis longtemps la « rigidité »[148]. La complémentarité des mécanismes devient une condition de

[144] CELARD, A., *op. cit.*

[145] Les gaullistes y sont sensibles, et particulièrement soucieux de ne pas réveiller les « hantises » du 10 juillet 1940. (v. JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.65)

[146] JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.69

[147] *ibid.*

[148] *cf. supra*, n°1079. Depuis le milieu de la IVe République, en effet, le refus d'un système de coordination des habilitations législative et réglementaire s'explique en partie par la crainte qu'inspire une délimitation *ne varietur* des domaines. (*cf. supra,* n°1018 s.)

l'efficacité du système, comme ne manquera jamais de le remarquer Raymond Janot au cours du processus constituant[149], et bien longtemps encore après 1958[150].

1088. Car, bien que le projet d'article 38 soit adopté dans un relatif œcuménisme, tant par le Comité consultatif constitutionnel[151], que par le Conseil d'Etat[152], la question du bien-fondé de deux systèmes qui paraissent redondants ne manque pas d'interroger[153]. Elle pose un réel problème aux parlementaires socialistes, qui s'en émeuvent dans les colonnes du *Monde*[154] et par la voix de René Dejean devant le Comité consultatif constitutionnel : à ses yeux, la coordination des domaines législatif et réglementaire rend non seulement inutile, mais dangereux, le maintien d'un mécanisme d'habilitation législative[155].

1089. Les interrogations sont pourtant de courte durée. Rapidement, tant les membres du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat sont convaincus de la nécessité de conserver l'article 38, nonobstant l'existence des articles 34, 37 et 41. Quatre raisons semblent emporter l'adhésion :

- Premièrement, les rédacteurs du texte constitutionnel sont soucieux de ne pas reproduire une lacune, sinon une interdiction, à l'image de celles qui figuraient dans les textes de 1875 et 1946, en conférant cette fois une *base constitutionnelle certaine* au procédé des décrets-lois[156] ;

---

[149] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.287)

[150] *« [S]i l'article 34 était bon et si la société était stable – les deux hypothèses étant par définition absurdes ! – il n'y aurait pas d'article 38. Ce n'était pas la peine. Mais comme, d'une part,* ***il n'était pas très sûr que l'article 34 fût aussi parfait qu'il eût été souhaitable*** *et que, d'autre part, il était évident que la société n'allait pas s'arrêter sous prétexte que le peuple français allait adopter la Constitution****, l'article 38 était nécessaire****. (...) L'article 38 n'existe que parce que nous n'étions pas sûrs de la qualité de ce qu'il y avait à l'intérieur de l'article 34 »* (on souligne en gras) (JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.69 et p.77)

[151] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.287-289 ; séance du 13 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 2, p.533-535

[152] La Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat examine à peine le projet d'article (séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.137-138). René Cassin déclare d'ailleurs : *« Ce qu'il faut, c'est supprimer l'article 13* [nda : de la Constitution de 1946] *et permettre la délégation. Sur ce terrain, je pense qu'il y a unanimité. »* (*ibid.,* p.104) L'Assemblée générale ne consacre ses travaux qu'à la question de l'entrée en vigueur des ordonnances (séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.449-451)

[153] v., par exemple, les propos de Paul Coste-Floret devant le Comité consultatif constitutionnel : *« l'énumération que donne l'article 31* [futur article 34] *est à peu près excellente. Seulement, à partir du moment où il a fixé ce critère, je ne vois pas pourquoi dans l'article 34* [futur article 38]*, on maintient le principe de la délégation de pouvoirs. »* (séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.82)

[154] « Les parlementaires socialistes présentent des objections à plusieurs des dispositions de la Constitution », *Le Monde,* 20 août 1958, p.3 (Sur cet épisode, v. PEZANT, J.-L., *art. cit.*, p.557-558)

[155] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.78

[156] *« Nous avons trop souffert,* déclare Pierre-Henri Teitgen, *sous le régime de 1946, du fameux article 13 qui interdisait les délégation (...) »* ; *« si une délégation de pouvoirs intervenait sans être expressément autorisée par l'article 34* [futur article 38], déclare Jean Gilbert-Jules, *nous pourrions nous trouver en présence d'une anticonstitutionnalité déclarée par le Conseil constitutionnel (...) »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.288-289)

- Deuxièmement, l'allongement considérable de la liste des matières réservées à la loi, par le Conseil interministériel et par le Comité consultatif constitutionnel (*cf. infra,* n°1116), rend progressivement indispensable le mécanisme compensatoire de l'article 38. Il apparaît désormais comme le *correctif* nécessaire (la « contrepartie ») d'un domaine de la loi, potentiellement trop large[157] ;

- Troisièmement, la durée très courte des *sessions* parlementaires (deux fois trois mois) impose l'existence d'un mécanisme permettant à l'Exécutif d'intervenir dans le champ des matières réservées à la loi, lorsque le Parlement ne siège pas[158] (la moitié de l'année) ;

- Quatrièmement, l'habilitation législative est rendue indispensable par la nécessité de conférer, le cas échéant, à l'Exécutif le moyen d'intervenir en matière *fiscale et pénale*, (évidemment réservées à la loi) pour procéder, notamment, aux réformes économiques et financières et rétablir l'ordre en Algérie[159].

1090. Fruit d'un système purement transactionnel censé contenter les partisans du « contrat de législature », l'article 38 s'impose progressivement comme le corollaire indispensable des articles 34, 37 et 41. Il en devient la contrepartie, assurant la « souplesse » d'un mécanisme dont personne – à l'été 1958 – ne peut présager de l'efficacité.

1091. Conclusion. *« Je suis d'accord avec l'idée qui permet d'introduire dans les textes une évolution que les faits ont enregistrée depuis longtemps. Je suis d'accord avec l'idée d'une séparation entre les attributions du pouvoir législatif et celles du pouvoir réglementaire (...) »*[160]. Ces propos du socialiste René Dejean devant le Comité consultatif constitutionnel, qui rejoignent ceux du sénateur Pierre Marcilhacy reproduits en épigraphe de cette section,

---

[157] *« [A] partir du moment,* déclare Paul Coste-Floret, *où nous avons modifié l'article 31 comme il l'a été* [nda : dans le sens d'une considérable extension], *je crois que la délégation de pouvoirs de l'article 34* [nda : futur article 38] *est indispensable. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.288) *« **Nous avons assez élargi la liste des matières législatives**,* remarque René Cassin, *et il me semble que, **corrélativement, nous devons être assez favorables aux délégations** que le Parlement pourrait être appelé à donner au Gouvernement. »* (on souligne en gras) (Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol.3, p.138) ; *« [L'article 38] est apparu (...) comme contrepartie de l'allongement de la liste des matières législatives énumérées à l'article 34. »* (Commentaires sur la Constitution, avril 1959, *DPS,* vol. 4, p.182)

[158] *« [L]e Parlement,* remarque Paul Reynaud, *va siéger très peu, avec de grandes vacances d'hiver et de grandes vacances d'été ; c'est une raison supplémentaire. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.289)

[159] *« En tous cas, un point est essentiel,* remarque Raymond Janot, *c'est que les ressources et les charges de l'Etat doivent être votées par le Parlement. C'est évident. Or, il est évident aussi qu'à certaines périodes, qui se sont renouvelées en un certain nombre de fois dans le passé, il a fallu des délégations d'ordre financier. »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.102) ; *« Honnêtement,* s'interroge Pierre-Henri Teitgen, *l'un d'entre nous peut-il croire, par exemple, que l'on fera une réforme fiscale par la loi ? »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.288).

[160] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.78

résument, peu ou prou, l'état d'esprit général qui entoure l'adoption des articles 34, 37 et 38. *« Personne n'a contesté que des énumérations puissent être utiles »*[161] déclare encore René Cassin devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat au terme de la discussion générale du projet de titre V. La rationalisation des fonctions de législation, entendue comme codification des pratiques, voire comme utile *« division des tâches »*[162], n'est pas véritablement contestée au cours du processus constituant. Même la doctrine universitaire – pourtant hostile à la Constitution en général, et à la rationalisation du parlementarisme en particulier (*cf. infra*, n°1099) – avalise l'effort entrepris par les rédacteurs du texte pour redistribuer les fonctions de législation dans l'Etat[163].

1092. Louable tant qu'elle consiste à codifier et rendre « plus rationnel » le travail législatif, la rationalisation devient cependant inadmissible lorsqu'elle s'exerce exclusivement au détriment des prérogatives du Parlement. Si donc les articles 34 à 38 sont facilement acceptés, l'article 41 cristallise en revanche les plus vives oppositions.

§2. « L'abominable » réserve réglementaire

1093. *« L'abominable article [41] »*[164]. Tel est le titre de la tribune signée par le sénateur Pierre Marcilhacy, dans les colonnes du *Monde,* le 27 août 1958, pour s'opposer à la consécration d'une « réserve réglementaire » en droit français (sur ce concept, *cf., supra,* n°885, note 1). Cette position n'a rien d'isolée. Elle est même particulièrement représentative des réactions du Comité consultatif constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la doctrine universitaire à l'endroit du nouveau dispositif constitutionnel. En effet, si l'énumération de la réserve de loi (article 34), la consécration du pouvoir réglementaire autonome, l'indétermination des matières réglementaires (article 37) et les lois d'habilitation (article 38)

---

[161] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.406

[162] Propos du Président Latournerie en Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.103

[163] Jean de Soto, professeur à la faculté de droit de Strasbourg, analysant les mutations du système parlementaire au XXe siècle, parvient à la conclusion suivante : *« l'expérience avait montré à l'évidence que l'équilibre de la belle époque, de la République d'avant les guerres mondiales, n'était plus possible et qu'une redistribution des tâches s'imposait. »* (SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP,* n°2, 1959, p.240-297, spéc. p.260) ; Jean Rivero remarque, quant à lui, que le nouveau régime *« renonce à la fiction d'un Exécutif trouvant, dans la nécessité de traduire dans les faits la règle générale, le fondement et la limite de sa compétence. La règle générale n'est plus, désormais que l'instrument d'une politique : l'organe qui conduit cette politique doit donc détenir le pouvoir de l'édicter. (...) Limité dans ses attributions législatives, le Parlement voit confirmer son autorité sur un point : le contrôle du Gouvernement. »* (RIVERO, J., « Regard sur les institutions de la Ve République », *Recueil Dalloz,* 12 novembre 1958, chronique XXXVII, p.259-264, spéc. p.262, col. 2) v., encore, GIRAUD, E., « La réforme des institutions », *Le Monde,* 28, 29 juin 1958

[164] MARCILHACY, P., « L'abominable article 35 », *Le Monde,* 27 août 1958. L'article 35 deviendra l'article 41 dans la version définitive du projet de Constitution.

ne posent guère de difficultés – *« il n'y a en tout cela rien que de logique, d'utile et de démocratique »*[165] reconnaît Pierre Marcilhacy – l'atteinte à la supériorité formelle de la loi en toutes matières passe pour inadmissible. Elle réveille les plus vieilles « hantises » de l'idée républicaine. Cette opposition à la « réserve réglementaire » est presque unanime (A) et conduit les acteurs à envisager des solutions d'ouverture (B).

A- UNE OPPOSITION PRESQUE UNANIME A LA RESERVE REGLEMENTAIRE

1094. A l'été 1958, l'idée d'une « réserve réglementaire », c'est-à-dire d'un domaine législatif maximum, protégé par des mécanismes d'irrecevabilité (projet d'article 41) et de déclassement (projet d'article 37, al. 2), un contrôle *a priori* de la constitutionnalité des lois (projet d'article 61) et un organe spécial – pensé comme une *« arme contre les déviations du régime parlementaire »*[166] (le Conseil constitutionnel) – provoque les plus vives hostilités. Le champ lexical de la « révolution » est omniprésent[167]. Les attaques sont violentes et leur provenance multiple : on craint que la « rationalisation » du parlementarisme s'apparente à un « rationalisme » (G. Burdeau), voire à un « rationnement » du Parlement (1). Ces objections sont réfutées à l'appui des théories des grands maîtres républicains, Léon Duguit et Raymond Carré de Malberg (2).

1) De la crainte du « rationalisme » à la crainte du « rationnement »

1095. Parce qu'elle exhume la vieille *« hantise républicaine »*[168] du pouvoir personnel, la « réserve réglementaire » fait l'objet d'une hostilité presque unanime et d'une rare violence. Pour le comprendre, il faut s'intéresser à la provenance (a) et à la nature des oppositions (b).

a) La provenance des oppositions

1096. Les oppositions à la réserve réglementaire sont presque unanimes. Loin d'être cantonnées à l'opposition gaulliste, elles émanent de tous côtés. Contre toute attente, elles s'expriment timidement devant le Comité consultatif constitutionnel (i) et violemment devant le Conseil d'Etat (ii). L'hostilité de la doctrine universitaire n'est, quant à elle, pas une surprise (iii).

---

[165] *ibid.,* p.6, col. 2

[166] Discours de Michel Debré devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, du 27 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.260

[167] v. les références citées en introduction générale, paragraphe n°1, note 2

[168] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267 et s.

i) L'opposition étonnamment timide du Comité consultatif constitutionnel

1097. On eût pu s'attendre à ce que le Comité consultatif constitutionnel (dont la composition, majoritairement parlementaire, laissait présager une ardente défense des prérogatives du Parlement) s'opposât avec véhémence au principe de la réserve réglementaire. Étonnamment, c'est devant lui que les articles 41, 37, al.2 et 61 sont les mieux acceptés. Sans doute, le Comité espère-t-il que – par son attitude *« compréhensive »*[169] sur cette question – le Gouvernement lui concède, en retour, l'allongement considérable du domaine de la loi, qu'il propose pour l'article 34 (*cf. infra*, n°1116). La charge contre la combinaison des projets d'articles 37 et 41 est néanmoins menée par le professeur Marcel Waline et le sénateur Pierre Marcilhacy, lors de la séance du 8 août[170]. Ils déposent un amendement visant, sinon à disjoindre, à tout le moins à annihiler les effets de l'article 41[171] pour permettre à la loi de s'emparer de n'importe quelle matière règlementaire, le cas échéant au terme d'un délai de 6 mois. Cela revenait à préserver le principe de la « force formelle » de la loi, c'est-à-dire sa supériorité hiérarchique en toute matière[172]. L'amendement – qui eût anéanti tout l'effet utile du dispositif gouvernemental – n'est pas adopté[173].

ii) L'opposition étonnamment sévère du Conseil d'Etat

1098. L'opposition la plus violente – et la plus raisonnante – à la réserve réglementaire émane du Conseil d'Etat, et de ses membres les plus éminents (parmi lesquels le vice-président René Cassin et le rapporteur général André Deschamps)[174]. On eût pu, là encore, penser que ce conseiller séculaire de l'Exécutif, acteur central du processus d'émancipation du pouvoir réglementaire, accueillît d'un bon œil le système de la coordination des domaines. Pourtant, comme le souligne Séverine Leroyer, l'on assiste à une *« véritable levée de boucliers »*[175], tant devant la Commission constitutionnelle que devant l'Assemblée générale. Le 28 août au matin, au terme de la discussion générale relative aux projets d'articles 34 à 41,

---

[169] PEZANT, J.-L., *op. cit.,* p.526

[170] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.279-281, et p.291-292

[171] Il faut rappeler, qu'à cette date, le projet d'article 41 prescrit encore une *obligation* d'opposer l'irrecevabilité (« Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption serait contraire aux dispositions de l'article [37] » (*DPS,* vol. 2, p.29))

[172] Paul Coste-Floret ne manque pas de le remarquer : *« L'amendement de M. Waline, qu'il le veuille ou non, revient à la définition formelle de la loi »* (*ibid.,* p.292)

[173] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.281, p.292 et p.293

[174] Sur cet épisode, v. LEROYER, S., *op. cit.,* p.320-331 et p.336-342

[175] *ibid.,* p.337

cette dernière rejette l'ensemble du dispositif à 24 voix contre 19[176], obligeant les rapporteurs – à la demande de René Cassin[177] – à proposer un système alternatif, discuté à la tombée de la nuit (*cf. infra,* n°1120). Le coup est rude pour le Gouvernement qui plaçait ses espoirs dans le soutien du Conseil d'Etat[178]. En dépit des apparences, est-ce véritablement une surprise ? Plusieurs hypothèses peuvent être avancées pour expliquer cette position de rejet.

1° Une explication théorico-politique. Le Conseil d'Etat, attaché à une *« certaine idée »*[179] du pouvoir réglementaire, n'est pas moins attaché à une certaine conception de la loi[180]. Pouvait-on attendre autre chose du juge de la légalité ? La loi, expression de la volonté générale, est d'ailleurs l'un de ces *« principes de 1789 »* qui constitue le *« droit commun de notre République »*[181] et dont le Conseil d'Etat ne cesse depuis 1945 (par la voix de René Cassin) de proclamer être le *« gardien »*[182]. Du reste, cette position n'est pas nouvelle en 1958. Sous la IVe République, l'Assemblée générale démontre à plusieurs reprises son attachement à l'idée républicaine, comme lorsque, en 1952, elle refuse le système d'irrecevabilité législative soumis à son examen par Antoine Pinay (*cf. supra,* n°1012 s.)

2° Une explication générationnelle. Par sa composition même, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat écarte de ses délibérations la plus jeune génération[183]. Or, c'est à cette dernière que l'on doit l'imagination et la mise au point du système de la réserve réglementaire (*cf. supra,* n°1040, 2°). Le conflit intergénérationnel est perceptible. A l'exception notable du président Roger Latournerie, les principaux défenseurs du système sont aussi les plus jeunes : Jérôme Solal-Céligny, Marcel Martin et Raymond Janot (tous trois maîtres des requêtes, respectivement rapporteurs-adjoints et commissaire du Gouvernement) s'opposent à l'ancienne génération, incarnée par le doyen Julliot de la Morandière (conseiller d'Etat en service extraordinaire depuis 1945), voire par René Cassin lui-même. Née dans les dernières décennies du XIXe siècle[184], formée par la doctrine républicaine classique, cette ancienne

---

[176] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.407

[177] *« Je n'aimerais pas me borner à envoyer un avis négatif sur un système sans en même temps suggérer des systèmes qui seront meilleurs »* (*ibid.,* p.409)

[178] LEROYER, S., *op. cit.,* p.337

[179] FAVOREU, L., « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif », *art. cit.,* p.247

[180] v., dans le même sens, LEROYER, S., *op. cit.,* p.321 et s. et p.337 et s., et PEZANT, J.-L., *art. cit.,* p.528

[181] CASSIN, R., « Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution », *art. cit.*, p.54-61

[182] *ibid.*

[183] Aux termes de l'ordonnance du 31 juillet 1945 (art. 27), seuls les conseillers d'Etat en service ordinaire et en service extraordinaire ont voix délibérative à l'Assemblée générale. Les maîtres des requêtes et auditeurs n'ont qu'une voix consultative.

[184] Les principaux opposant au système sont tous nés avant 1900. Léon Julliot de la Morandière (1885-1968) ; Pierre Seligman (1886-1961) ; René Cassin (1887-1976) ; Henri Hoppenot (1891-1977) ; Charles Blondel (1895-1975) ; Philippe Renaudin (1898-1981) ; Jean Burnay (1899-1982)

génération demeure profondément attachée au légicentrisme républicain. Les propos du doyen Julliot de la Morandière en témoignent : *« par tradition, depuis la Révolution française, la loi est une règle générale applicable à tous les citoyens (...) Le Gouvernement a le pouvoir de faire des règlements pour l'exécution des lois, mais il n'y a pas, par nature, des matières légales et des matières réglementaires. »* [185] Et Raymond Janot de répondre : *« [Ces arguments] m'auraient paru d'une force absolument indiscutable et constituer une argumentation contre laquelle on ne pourrait rien, si nous étions en 1925. (...) Nous sommes à une époque différente (...) »*[186].

3° Une explication sociologique (corporatiste). La dernière hypothèse d'explication de l'hostilité du Conseil d'Etat aux projets d'articles 34, 37 et 41 est sociologique, et relève certainement du *conatus* de l'institution (c'est-à-dire de sa « persévérance dans l'être »). Approuver le système de la coordination des domaines, et l'arbitrage du Conseil constitutionnel, revenait pour le Conseil d'Etat à accepter la concurrence d'une juridiction nouvelle, tant dans la détermination des compétences de l'Exécutif, que dans la détermination du domaine de la loi, terrains qu'il occupe quasi seul depuis le XIXe siècle[187]. Surtout, c'était demander au Conseil d'Etat de renoncer à tout le système d'habilitations bâti et régulé par lui, depuis le début du XXe siècle et dont l'avis du 6 février 1953 constitue la synthèse (*cf. supra,* n°680 s.). En résumé, c'était substituer une formalisation constitutionnelle complexe à une détermination prétorienne du champ du pouvoir réglementaire. Le Conseil d'Etat avait nécessairement à y perdre.

iii) L'opposition prévisible de la doctrine universitaire

1099. L'opposition de la doctrine universitaire était prévisible. Mise à l'écart du processus constituant, la doctrine universitaire réserve un *« mauvais accueil »* [188] au texte constitutionnel. Elle lui reproche particulièrement, c'est la thèse de Benjamin Fargeaud, de renouer avec le parlementarisme rationalisé, dont elle ne cesse pourtant de dénoncer les artifices et les échecs depuis le milieu de la IVe République[189]. Or, le système des articles 34, 37, 38 et 41 en constitue l'archétype et – en s'exerçant exclusivement au détriment du

[185] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.398
[186] *ibid.,* p.401
[187] v. dans le même sens, LEROYER, S., *op. cit.,* p.341, et p.438 ; PEZANT, J.-L., *art. cit.,* p.528
[188] FARGEAUD, B., *op. cit.,* p.626 et s. ; p.632 et s.
[189] *ibid.,* p.411 et s. ; p.628 et s.

Parlement – aboutit à la résurrection d'un parlementarisme *« archaïque »* [190], renouant presque avec la monarchie limitée. Les attaques sont violentes. Le système passe pour une *« monstruosité juridique »*[191] (René Capitant), attentant au droit français[192] (René Chapus), aboutissant à la *« décadence de la loi »,* voire à *« l'humiliation du législateur »*[193] (Paul Durand). Bref, en 1958 comme en 1946, et bien qu'elle s'inscrive dans le « sens de l'histoire », l'émancipation du pouvoir réglementaire demeure sujette aux plus vives résistances. Elle réveille, en effet, les plus profondes *« hantises »* de l'histoire républicaine.

b) La nature des oppositions

1100. Étonnamment unanimes, les oppositions à la réserve réglementaire sont également étonnamment violentes. Elles ne sont pourtant pas surprenantes. L'énumération exhaustive et limitative du domaine de la loi à l'article 34 fait craindre un *« rationalisme »*[194] (G. Burdeau) inopportun dans la distribution des fonctions de législation (i), voire un véritable « rationnement » des prérogatives du Parlement (ii).

i) La crainte d'un « rationalisme »[195] : la conscience des difficultés pratiques

1101. *« Il apparaît que le partage des compétences entre Parlement et Gouvernement a été établi avec un rationalisme dont les contingences ou l'habileté de l'administration auront tôt fait d'émousser la vertu. »*[196] (on souligne) Ces propos de Georges Burdeau (pourtant l'un des rares défenseurs du texte de 1958) sont symptomatiques de la nature des oppositions à la réserve réglementaire. Enserrer la loi dans un domaine maximum, minutieusement et définitivement énuméré, n'est-ce pas se heurter à des difficultés inextricables ou vouer le mécanisme à l'échec ? Ces craintes irriguent les travaux constituants et les premiers commentaires de la nouvelle Constitution.

---

[190] *ibid.,* p.633 Les articles de Maurice Duverger dans les colonnes du *Monde* sont révélateurs de cet état d'esprit. DUVERGER, M., « Les mirages orléanistes », *art. cit.* ; « La Seconde Restauration », *art. cit.*

[191] CAPITANT, R., « Une première interprétation », *op. cit.,* p.364

[192] CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *art. cit.,* p.119

[193] DURAND, P., « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *JCP,* 1er janvier 1959, chrn. 1470

[194] BURDEAU, G., « La restauration du pouvoir d'Etat dans la Constitution française de 1958 », *art. cit.,* p.302

[195] Le *Trésor de la Langue Française* définit le « rationalisme » comme une *« [d]octrine selon laquelle toute connaissance vient de principes* a priori *pouvant être logiquement formulés, ne dépendant pas de l'expérience (...) ».*

[196] BURDEAU, G., *art. cit.,* p.302

1102. En premier lieu, on appréhende la *rigidité* excessive du mécanisme, déconnectée des besoins pratiques. Jusqu'alors, l'idée de la « variabilité des domaines de la loi et du règlement » permettait de justifier les extensions exceptionnelles du pouvoir réglementaire, en fonction des contingences politiques et des nécessités du moment, et laissait, en retour, au Parlement la possibilité de se réapproprier toute matière, selon la gravité des circonstances[197] (*cf. supra,* n°648). Désormais, les flux et reflux des deux domaines deviennent impossibles. Dans ces conditions, l'énumération *ne varietur* du domaine de la loi est difficilement satisfaisante. Comment acquérir la certitude qu'elle recouvre le domaine adéquat ? Ces interrogations sont particulièrement palpables devant le Conseil d'Etat où d'emblée, en Commission constitutionnelle, le rapporteur général Deschamps reconnaît que *« quels que soient les termes employés pour délimiter le domaine de la loi, nous n'arriverons jamais à le faire exactement. »*[198], ce que confirme le commissaire du Gouvernement Janot[199] et justifie le maintien du système de l'article 38, pensé comme assurant la souplesse de l'ensemble du dispositif (*cf. supra,* n°1087 s., spéc. n°1089). Devant l'Assemblée générale, le conseiller Renaudin s'inquiète de la fixité de l'énumération : *« qui dit que, dans d'autres circonstances, le juge ne devra pas reconnaître que le domaine de la loi va plus loin que ce qui est dans l'article [34] ? »*[200]. Le conseiller Letourneur remarque, quant à lui, que l'énumération est *« incomplète »* [201] et le président Latournerie (pourtant fervent défenseur du dispositif) reconnaît la gageure de l'exercice[202] : il ne faudrait pas *« qu'un obstacle fût mis à une évolution du droit, corrélativement à une évolution des circonstances. »*[203] Ainsi, les raisons qui, en 1956, avaient conduit au rejet de la proposition de loi Guy Petit par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat demeurent pleinement d'actualité (*cf. supra,* n°1018 s.). La doctrine partagera, plus tard, ces inquiétudes. Georges Burdeau, pour ne citer que lui, s'attachera rapidement à démontrer la futilité de toute tentative d'énumération : *« la gravité des problèmes est fonction de circonstances que la constitution ne peut prévoir. »*[204]

---

[197] *« si l'Etat décide d'orienter l'économie,* écrit Burdeau, *dira-t-on que la fixation du prix du quintal de blé est moins importante qu'une modification des régimes matrimoniaux ? »* (*ibid.,* p.301)

[198] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.101

[199] *« Evidemment [cette tâche] est difficile, et les solutions auxquelles on aboutit ne sont pas pleinement satisfaisantes (...) »* (*ibid.,* p.102)

[200] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.399

[201] *« j'ai regardé ce matin les arrêts du Conseil d'Etat de 1956, 1957 et 1958, j'ai trouvé cinq cas où le Conseil d'Etat, en trois ans, en Assemblée plénière, a décidé qu'il s'agissait de matières législatives qui ne rentrent pas dans cette énumération. »* (*ibid.,* p.400)

[202] *« Qui peut se flatter de dresser une telle liste ? (...) Chercher le critère de ces matières [législatives] est fort difficile. »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.442)

[203] Propos de Roger Latournerie, *ibid.,* p.440

[204] BURDEAU, G., « La restauration du pouvoir d'Etat dans la Constitution française de 1958 », *art. cit.,* p.301

1103. Après les contours, c'est, en second lieu, la question de l'interprétation du contenu de l'énumération qui soulève les plus extrêmes réserves. Très tôt, la question des divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel (amené à statuer sur les irrecevabilités de l'article 41) et le Conseil d'Etat (amené à statuer, par la voie du recours pour excès de pouvoir, sur la compétence de l'autorité réglementaire) est posée. Notamment soulevée notamment par Jean Gilbert-Jules la question occupe une large part des débats devant le Comité consultatif constitutionnel[205]. Pour surmonter la difficulté, il imagine la rédaction du futur article 62, formalisée par la Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, le 25 août[206]. A l'origine, l'autorité prévalente des décisions du Conseil constitutionnel est donc exclusivement pensée comme le corollaire nécessaire des articles 34, 37 et 41. Cette solution ne rassure guère le Conseil d'Etat qui, en dehors même de l'hypothèse des conflits de jurisprudence, craint des *« difficultés inouïes »*[207] dans l'interprétation du domaine de la loi. *« Nous savons, au Conseil d'Etat, aux sections administratives et à la section du contentieux,* déclare le conseiller Blondel, *les difficultés que nous avons éprouvées à appliquer la loi du 17 août 1948 qui reste très en deçà de ce qu'on nous propose (...) »*[208]. Bientôt, la doctrine partagera unanimement ces inquiétudes. Additionnées aux malfaçons rédactionnelles et aux obscurités de l'article 34, les divergences d'interprétation entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat[209], risquent de conduire à *« l'organisation pure et simple de l'anarchie »*[210]. Ces inquiétudes ne seront dissipées que bien plus tard, grâce à l'interprétation compréhensive qu'opéreront conjointement le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat des articles 34 et 37. Pour l'heure cependant, la crainte de « l'anarchie » demeure réelle. Elle n'est rien, pourtant, à côté de celle que suscite, toujours en 1958, le *pouvoir personnel.*

---

[205] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.280-285

[206] *« il faudra dire à l'article [62],* déclare Jean Gilbert-Jules, *que* ***les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent à toute juridiction pour éviter à la fois une dualité de compétences et une contrariété de décisions entre ces deux organismes*** *(...) »* (on souligne en gras) (*ibid.,* p.280) ; Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.165

[207] Propos du conseiller Letourneur, Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.400

[208] *ibid.,* p.402 ; v. aussi les propos de Cassin, en commission constitutionnelle, le 25 août (*ibid.,* p.99)

[209] DURAND, P., *art. cit.* ; RIVERO, J., « Regard sur les institutions de la Ve République », *art. cit.,* p.262 ; SOTO (de), J., *art. cit.,* p.295 ; WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.714-715 ; MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.26

[210] MORANGE, G., *ibid.* ; L'HUILLIER, J., « La délimitation de la loi et du règlement »*, art. cit.,* p.178

ii) La crainte d'un « rationnement » du Parlement : le réveil des hantises républicaines

1104. Davantage que les difficultés pratiques, ce sont les animosités théoriques qui sont au cœur du rejet généralisé du nouveau dispositif constitutionnel. Les propos du député socialiste René Dejean devant le Comité consultatif constitutionnel témoignent de cet état d'esprit :

> « Je ne trouve pas de mot plus juste que le mot « révolution ». En effet, une révolution est un bouleversement complet de l'état antérieur des choses. L'état antérieur des choses, c'est que le législateur pouvait tout faire en tous domaines et que le règlement arrivait pour l'application de la loi. L'état actuel, c'est que le règlement peut tout faire, sauf dans les matières réservées par l'article [34], et encore… »[211]

En 1958, la réserve réglementaire heurte encore « l'idée républicaine » au plus profond d'elle-même (*cf. supra,* introduction générale, n°37 s.). Là résident les véritables raisons de l'hostilité au nouveau dispositif constitutionnel. Elles prouvent, qu'en dépit des apparences, l'émancipation du pouvoir réglementaire n'est pas un processus lisse et sans accroc. Les arguments, éternellement avancés depuis 1916 contre les décrets-lois[212], retrouvent une actualité inattendue en 1958. Ils sont unanimement partagés devant le Comité consultatif constitutionnel, le Conseil d'Etat et la doctrine et s'enchaînent de la façon suivante : 1° La création d'une réserve réglementaire revient à conférer à l'Exécutif un *« véritable pouvoir de nature législative »*[213] (André Heilbronner devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat), donc à instituer une *« véritable dichotomie du pouvoir législatif »*[214] (René Capitant) ; 2° Est ainsi porté atteinte au monopole du Parlement dans l'édiction du droit primaire : la loi formelle perd non seulement son caractère initial, chronologiquement et hiérarchiquement, mais surtout son caractère inconditionné (sa capacité à s'emparer souverainement de n'importe quel objet). Il en résulte une double atteinte portée aux conditions de la légalité administrative (*secundum legem* et *infra legem*), donc à la supériorité de la loi sur le règlement. *In fine,* c'est la force formelle de la loi qui disparaît :

> « [I]l m'est vraiment difficile de dire qu'il n'y a pas là un principe révolutionnaire et nouveau, qui serait presque le principe de la supériorité du règlement sur la loi – puisque le fait qu'un règlement intervenu en une matière interdit désormais au législateur de s'y aventurer – ou du moins, si vous voulez, le principe de l'égalité du règlement et de la loi, avec séparation de leurs domaines respectifs. Je crois qu'il y a là quelque chose de fondamentalement opposé au

[211] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.282
[212] *cf. supra,* n°158, n°177, n°283 s.
[213] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.400
[214] CAPITANT, R., « Une première interprétation », *art. cit.,* p.364

principe traditionnel de la supériorité de la loi sur tous les règlements (…) »[215]
(Propos de Marcel Waline devant le Comité consultatif constitutionnel)

3° Cette atteinte portée au principe de légalité aboutit à attenter à la souveraineté parlementaire et à la spécialisation fonctionnelle, donc à l'idéal républicain de la « séparation des pouvoirs ». Le nouveau système constitutionnel *« encourait le reproche de violer la souveraineté du suffrage universel, de porter atteinte au profit du Gouvernement aux principes de la séparation des pouvoirs, organisait un conflit constant entre le législatif et l'Exécutif (...) »*[216] (René Cassin dans une lettre à Paul Ramadier). *« On va à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs. Je suis bien décidé à voter* oui *au référendum, mais je ne voterai pas ici de pareils textes. »*[217] (Léon Julliot de la Morandière devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat) ; 4° En définitive, cette offense à *« l'amour de la loi »*[218] (Jean de Soto) revient à attenter *« au principe même de la République »*[219] (Pierre Séligman devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat) et, par conséquent, aux idéaux de 1789, qui en constituent le mythe fondateur. La réserve réglementaire apparaît donc, sans surprise, comme une « contre-révolution », renouant avec les Chartes, voire avec l'Ancien régime, sinon avec le régime de Vichy : *« c'est une révolution qui va même au-delà de ce que les rois eux-mêmes ont réclamé. Jamais le roi n'a prétendu avoir le pouvoir législatif, et quand il prenait une ordonnance, il devait la faire enregistrer par le Parlement de Paris ou de la province. »*[220] (Léon Julliot de la Morandière devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat) *« Nous remontons non pas aux origines du régime parlementaire de l'époque – l'époque orléaniste –, mais aux origines lointaines dans lesquelles précisément, toute la question était de délimiter les pouvoirs du roi et ceux du Parlement. »* [221] (Jean Burnay devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat). Ce retour à la monarchie fait craindre la renaissance d'incessants conflits entre l'Exécutif et le nouveau Corps législatif, qui – comme d'antan – *« tient les cordons de la bourse »*, dont la conséquence pourrait être la *« révolte du Parlement »*[222] (Jean Burnay). En un mot, la réserve réglementaire renvoie aux spectres de la

[215] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.87
[216] Lettre manuscrite adressée à Paul Ramadier datée du 2 septembre 1958, 8 pages numérotées, suscitée, p.6
[217] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.398
[218] SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.297
[219] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.401 ; v. encore, les propos du conseiller Aubert Lefas le soir même (*ibid.,* p.444)
[220] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.398
[221] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.98
[222] *ibid.*

« restauration » et du « césarisme » – qui hantent les républicains depuis le XIXe siècle[223] – et, avec eux, à la crainte du pouvoir personnel exercé dans l'ombre de la représentation parlementaire. L'aversion républicaine contre le « pouvoir des bureaux » et la technocratie refait surface : *« il ne faut jamais oublier,* rappelle Georges Morange, *que, suivant la formule célèbre : " la plus mauvaise des Chambres sera toujours supérieure à la meilleure des anti-chambres. " »*[224]

1105. Ainsi, en 1958 – comme en 1916, 1924 et 1946 – c'est « l'idée républicaine » qui s'exprime. Cette hostilité (presque unanime) à la réserve réglementaire inscrit l'écriture de la nouvelle Constitution dans le « sens de l'histoire » républicaine. Elle prouve que l'émancipation du pouvoir réglementaire n'est pas un processus linéaire et purement progressif. Elle oblige ses concepteurs à défendre leur système sur un terrain théorique.

2) La réfutation de l'objection doctrinale : en finir avec « la loi, expression de la volonté générale »

1106. L'hostilité soulevée devant le Comité consultatif constitutionnel, le Conseil d'Etat et dans la doctrine, contraignent les concepteurs du système à réagir. Les jeunes membres du Conseil d'Etat (principalement Raymond Janot, Jérôme Solal-Céligny, Marcel Martin[225] et Louis Bertrand) montent au créneau. Ils se meuvent en véritables « missionnaires » du dispositif des articles 34, 37 et 41, dont ils cherchent à démontrer la compatibilité avec les idéaux républicains. Ils en assurent la défense dans la presse[226], ou prennent la plume dans la littérature spécialisée[227]. Dans une étude *« intentionnellement située sur le plan des*

---

[223] NICOLET, C., *op. cit.,* p.270

[224] MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.26 ; v. encore DURAND, P., « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *art. cit.,* p.5 ; RIVERO, J., « Regard sur les institutions de la Ve République », *art. cit.,* p.262 ; v. enfin les propos de Pierre-Henri Teitgen : *« Si j'étais absolument sûr que les décrets qui interviendront en ces matières seront l'œuvre de ministres qui les auront délibérés eux-mêmes et rédigés eux-mêmes, qui les auront soumis au Conseil des ministres, et qu'ils auront fait, au Conseil des ministres, l'objet d'un examen, je serais peut-être rassuré. Mais, monsieur le président, ces décrets seront dans l'avenir ce qu'étaient les décrets dans le passé. Ils seront souvent l'œuvre des services, ils seront inscrits à l'ordre du jour du Conseil des ministres et délibérés sans discussion (...) »* (Comité consultatif constitutionnel, séance du 7 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.261

[225] Né en 1916, Marcel Martin est docteur en droit. Il intègre le Conseil d'Etat en 1941 et devient maître des requêtes en 1946. En 1958, il est rapporteur-adjoint du projet de texte constitutionnel devant le Conseil d'Etat.

[226] Au cours de la campagne référendaire, Raymond Janot fait œuvre de pédagogie devant la presse (Entretiens avec la presse, lundi 8 septembre 1958, *DPS,* vol. 4, p.38, p.56, p.58)

[227] A l'entrée en vigueur de la Constitution, c'est dans la littérature spécialisée, particulièrement la *Revue pratique de droit administratif* et dans les *Etudes et documents du Conseil d'Etat* que les jeunes administrateurs assurent la défense de leur système (MARTIN, M., « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et domaine réglementaire », *RPDA,* 1958, p.VII-VIII ; BERTRAND, L., « Propos autour des

principes »[228], Louis Bertrand, docteur en droit, co-rédacteur du système (*cf. supra*, n°1047) et maître des requêtes au Conseil d'Etat, répond aux objections doctrinales. Pour lever les obstacles théoriques (a), et convaincre ses adversaires sur leur propre terrain, il mobilise la pensée de deux maîtres républicains, critiques de la souveraineté parlementaire : Léon Duguit et Raymond Carré de Malberg (b).

a) Lever les obstacles théoriques : l'étude de Louis Bertrand

1107. En 1959, dans les *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* Louis Bertrand opère – sur le plan théorique – la démonstration que la coordination des domaines de la loi et du règlement n'a rien d'incompatible avec le constitutionnalisme républicain. Sa thèse consiste à établir que la loi – n'étant pas l'expression d'une volonté souveraine – ne se distingue pas ontologiquement du règlement et n'est pas naturellement supérieure à lui. Seule la Constitution fixe leurs rapports et leur valeur respective, et peut – par conséquent – les situer sur un plan d'égalité en coordonnant leur champ d'application. Louis Bertrand parvient à cette conclusion en déconstruisant méthodiquement les *« dogmes métaphysiques »*[229] de la « loi, expression de la volonté générale ». Pour l'auteur, la fiction de la souveraineté nationale, qui aboutit – par le truchement de la fiction du mandat représentatif – à identifier le Parlement au souverain, fait figure de *« fausse philosophie »*[230].Car, premièrement, une *« nation n'a pas d'existence indépendante de celle de ses membres, et n'est pas douée d'une volonté distincte des leurs. » (...)*[231] ; deuxièmement, *« l'élection n'a que la valeur d'un mode de désignation démocratique des membres des Assemblées et non celle d'une sorte de transmission sacramentelle de la souveraineté »* [232] ; et aucun d'eux ne peut, par conséquent et troisièmement, se prévaloir d'un *« quelconque attribut de souveraineté ». « Le Parlement ne dispose donc,* en conclusion, *d'aucun pouvoir naturel, qui serait supérieur à tous les autres »*[233]. Cette supériorité parlementaire – si elle existe – ne peut découler que de la Constitution. Ainsi débarrassée de sa force formelle intrinsèque, la loi ne se distingue plus du

articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *EDCE,* 1959, p.67-76 ; SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *Commentaires sur la Constitution, 1958-1959, op. cit.* [non publié].)

[228] BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.75

[229] *ibid.,* p.67

[230] *ibid.,* p.70

[231] *ibid.,* p.70

[232] SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *art. cit.,* p.245

[233] *ibid.*

règlement. Ils se présentent tous deux comme des « actes-règles », c'est-à-dire comme des manifestations d'une même fonction de législation, que la Constitution peut librement répartir entre différents organes qu'elle situe sur un rang d'égalité[234]. *« Rien,* conclut Louis Bertrand *ne peut dès lors s'opposer, sur le plan doctrinal, à la limitation des compétences législatives du Parlement (...) »*[235]. En raisonnant ainsi, l'auteur se réapproprie exactement la pensée de Léon Duguit et de Raymond Carré de Malberg.

b) Le détour par Duguit et Carré de Malberg

1108. En 1958, l'entreprise de justification théorique de l'atteinte portée à la souveraineté de la loi conduit les concepteurs du dispositif des articles 34, 37 et 41 à se réapproprier les arguments de la doctrine républicaine critique du parlementarisme absolu. Ce faisant, ils renouent sciemment avec la pensée de Léon Duguit (i), et inconsciemment avec celle du dernier Raymond Carré de Malberg (ii).

i) Léon Duguit : plaidoyer pour une « conception réaliste de la loi »

1109. Pour déconstruire le mythe de la souveraineté de la loi, Louis Bertrand mobilise la pensée de Léon Duguit. La filiation est certaine et pleinement assumée : *« le droit public ne procède point,* écrit le jeune maître des requêtes*, de théories abstraites, mais bien d'une synthèse des données sociologiques qui appartiennent à l'ordre des faits (...) »*[236]. Cette volonté d'en finir avec les *« postulats métaphysiques »* inscrit sa démarche dans celle entreprise par Léon Duguit, en 1913, de retenir une conception purement *« réaliste »*[237] de l'Etat et de la loi. *« En France notamment,* écrit le maître de Bordeaux, *la loi est l'expression de la volonté des 350 députés et des 200 sénateurs qui forment la majorité habituelle au Sénat et à la Chambre. »*[238] Elle tire sa force obligatoire, non d'une prétendue volonté supérieure qui s'imposerait à une volonté subordonnée, mais de son caractère recognitif d'une règle sociale préexistante[239]. On perçoit combien la théorie duguiste est puissante pour les concepteurs de la Constitution de 1958 : en « désacralisant » la loi, au profit d'une conception « réaliste » et « concrète » de la nation, elle ouvre la voie, non seulement à la réserve

[234] BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.71
[235] SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *art. cit.,* p.246
[236] BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.76
[237] DUGUIT, L., *Les transformations du droit public, op. cit.,* p.75
[238] *ibid.*
[239] *ibid.,* p.75 et p.77

réglementaire, mais aussi au contrôle de la constitutionnalité des lois, à la dissolution et au référendum[240]. Pour surprenante qu'elle soit, cette déconstruction de la fiction de la sacralité de la loi est entreprise, dans les dernières années de sa vie, par Carré de Malberg lui-même.

ii) Carré de Malberg : plaidoyer pour une « Constitution maîtresse »

1110. Contrairement à l'idée reçue, Carré de Malberg n'est pas le chantre inconditionnel de la « loi, expression de la volonté générale » et de la souveraineté parlementaire. Fidèle représentant de l'orthodoxie républicaine lorsqu'il raisonne *de lege lata – « spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français »*[241] – il devient un subtil dénonciateur du *« parlementarisme absolu »*[242] lorsqu'il raisonne *de lege ferenda.* Dans les dernières pages de *La loi, expression de la volonté générale,* parue en 1931, la critique est particulièrement sévère. Carré de Malberg remarque *« [qu']il faudrait être bien crédule pour se laisser persuader que les volontés énoncées par une oligarchie sont l'expression d'une volonté générale de la communauté (...) »*[243]. (on souligne) Il reconnaît que la souveraineté de la volonté générale *« a été exploitée en vue de fonder la puissance souveraine du Parlement lui-même »*[244] ; elle n'est rien d'autre qu'une *« fiction »*[245] qui – bien qu'aux fondements du régime représentatif – ne relève pas moins du *« mysticisme »*, voire de la *« mystification »*[246].

1111. Pour Carré de Malberg, fonder la souveraineté de la loi parlementaire sur la souveraineté de la volonté générale aboutit à une aporie. Soit l'on admet effectivement (comme chez Rousseau) que la loi a pour fondement et pour objet la volonté générale. Dans ces conditions, rien ne justifie le monopole du Parlement dans l'œuvre de législation : il faut reconnaître au souverain populaire des *« facultés législatives »* [247], telles que le référendum ou l'initiative citoyenne des lois. Mais alors le Parlement n'est plus souverain. Soit l'on *« répudie »*[248] ces conséquences démocratiques, mais alors le Parlement n'exprime plus la volonté générale. Car, *« il serait incompréhensible qu'après avoir dénié au peuple le droit de*

---

[240] v. PINON, S., « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *art. cit.,* p.79 et p.85
[241] Sous-titre de sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*
[242] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.196 ; v. aussi, CARRE DE MALBERG, R., « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP,* 1931, p.225-244, spéc. p.226
[243] CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.,* p.216
[244] *ibid.,* p.215
[245] *ibid.,* p.216
[246] *ibid.*
[247] *ibid.*
[248] *ibid.,* p.218

faire entendre la volonté générale, l'on prétende invoquer cette volonté populaire pour accroître les pouvoirs du Parlement, sous prétexte qu'il la représente. »[249] Rien, sauf un *« concept d'autoritarisme »*[250] (c'est-à-dire l'hétéronomie), ne justifie alors les pouvoirs reconnus au Parlement. La souveraineté de la volonté générale, et le dogme de la représentation parlementaire de cette volonté, aboutissent donc à une impasse.

1112. Une fois écartée l'identification de la loi parlementaire à la volonté générale, comment expliquer la supériorité du Parlement ? Pour Carré de Malberg, elle ne peut résulter que de la Constitution[251]. Mais apparaît ici une seconde aporie. Si elle tient sa supériorité de la Constitution, la puissance parlementaire *« perd instantanément l'aptitude à s'ériger en maîtrise absolue »*[252]. Elle n'est plus une puissance « initiale et inconditionnée » mais devient *« dérivée »* et *« essentiellement sujette à limitation »*[253]. Bref, elle n'est plus supérieure. Autorité simplement constituée, le Parlement perd son essence souveraine. Devant la Constitution, il est situé sur un pied d'égalité avec l'Exécutif. *« L'abîme »* entre la loi et le règlement n'a plus lieu d'être. Rien ne s'oppose alors à ce que *« la Constitution réserve à l'Exécutif une certaine part d'indépendance, celle-là même dont il a besoin pour remplir utilement ses fonctions agissantes »*[254]. Qu'est-ce donc sinon l'aveu, de la plume même de Carré de Malberg, de la reconnaissance possible d'une réserve réglementaire au niveau constitutionnel ? Débarrassée du *« masque »*[255] de la volonté générale, la loi devient par ailleurs sujette au contrôle de la constitutionnalité, instrument indispensable de la *« subordination du Parlement à l'ordre constitutionnel »*[256].

1113. En définitive, écrit Carré de Malberg, dans les ultimes lignes de *La loi, expression de la volonté générale* :

> « On constate qu'il est de l'essence de la puissance parlementaire de comporter des limitations. Cette puissance est nécessairement limitée par le peuple, si elle est fondée sur la représentation de la volonté populaire. Elle est essentiellement susceptible d'être limitée, si le Parlement la détient comme une puissance propre, qui lui vient de l'organisation constitutionnelle : car la Constitution doit indubitablement être maîtresse de régler originairement, et aussi de

[249] *ibid.,* p.219
[250] *ibid.*
[251] *ibid.*
[252] *ibid.*
[253] *ibid.*
[254] *ibid.,* p.221 Le maître de Strasbourg ajoute : *« Par exemple, on comprendrait que la Constitution ait pris soin de dicter elle-même au Parlement, par des dispositions formelles, ces restrictions et ces ménagements envers l'autorité gouvernementale que maints auteurs ou hommes politiques exhortent présentement nos Chambres à s'imposer volontairement dans leurs rapports avec cette autorité. »* (*ibid.*)
[255] *ibid.,* p.222
[256] *ibid.,* p.221, et p.222

modifier éventuellement, l'étendue des pouvoirs de toute autorité qui, constituée par elle, ne tient que d'elle ses compétences. »[257] (on souligne)

Ces propos confirment – qu'en dépit des idées reçues – Carré de Malberg n'est pas moins qu'Hauriou l'un des « pères spirituels » de la Constitution de 1958. Les arguments déployés par le maître de Strasbourg dans les ultimes lignes de *La loi, expression de la volonté générale* retrouvent une actualité en 1958, et se situent au cœur de la justification de la limitation de souveraineté parlementaire par la Constitution. Bien qu'il n'y soit jamais fait expressément référence[258], les idées de Carré de Malberg figurent – peu ou prou – à l'arrière-plan des thèses avancées par les défenseurs du dispositif des articles 34, 37 et 41. Rien, sur le plan théorique, ne s'oppose à la consécration de la « réserve réglementaire », dès lors qu'elle est opérée et sanctionnée au niveau constitutionnel. Certains membres du Conseil d'Etat ne s'y trompent pas[259], et les arguments de Carré de Malberg trouveront – bien plus tard – une consécration doctrinale[260] et jurisprudentielle[261]. Malgré cette caution théorique, les « hantises » républicaines demeurent trop prégnantes. Et la portée de la réserve réglementaire est considérablement atténuée dès l'été 1958.

B- L'ATTENUATION DE LA PORTEE DE LA RESERVE REGLEMENTAIRE

1114. Parce qu'elle porte atteinte à « l'idée républicaine », la réserve réglementaire est immédiatement l'objet d'une tentative avouée de *« neutralisation »*[262]. A tout le moins, le Comité consultatif constitutionnel et le Conseil d'Etat cherchent-ils à en atténuer considérablement la portée. Pour éviter *d'enserrer* la loi parlementaire dans un *domaine trop*

---

[257] *ibid.,* p.222

[258] On sait pourtant que, par l'entremise de René Capitant, Michel Debré s'intéresse aux idées de Carré de Malberg. v., WAHL, N., *art. cit.,* p.58 ; v. encore AROMATARIO, S., *La pensée politique et constitutionnelle de Michel Debré, op. cit.,* p.28 et s. ; v. encore « La Constitution de 1958 : point de vue de J.-L. Debré », *L'Express,* 6 mai 2008

[259] v. les propos de Raymond Janot en Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 28 août au matin : *« **Si le peuple français adopte cette Constitution, c'est lui qui est souverain et les ordres du souverain s'imposent à l'Assemblée**. Ce n'est que par un abus de langage que l'on dit que l'Assemblée est souveraine. Il n'y a qu'un souverain, c'est le peuple, et le peuple peut organiser ses pouvoirs comme il l'entend. »* (on souligne en gras) *DPS,* vol. 3, p.401). v. encore les propos de Georges Michel, président de la Section de l'intérieur, quelques instants plus tard : *« Le Conseil d'Etat, à propos d'une proposition de loi* [nda : la proposition de loi de Guy Petit (*cf. supra,* n°1018 s.)]*, avait eu l'occasion d'examiner la question. Mais à ce moment-là, nous ne nous trouvions pas sur le terrain constitutionnel. (...) A partir du moment où nous nous plaçons sur le terrain constitutionnel, cela change ma position d'une façon très nette. »* (p.407). C'est là l'exacte position de Carré de Malberg (*cf. supra,* n°669)

[260] v. par exemple, BRUNET, P., « Que reste-t-il de la volonté générale ? Sur les nouvelles fictions du droit constitutionnel français », *Pouvoirs,* 2005, n°114, p.5-19

[261] v. Décision 85-197 DC, 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie : *« la loi votée (...) n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. »*

[262] v. LEROYER, S., *op. cit.,* p.336 et s.

étroit, ils atténuent à la fois le champ de la réserve réglementaire (1) et ses mécanismes de sanction (2)

1) L'atténuation du champ de la réserve

1115. La première solution consiste à réduire le domaine du règlement (matières de l'article 37), au profit de l'élargissement du domaine la loi (matières de l'article 34). Elle se traduit, d'abord, par l'allongement de l'énumération des matières réservées à la loi (a), ensuite, par la reconnaissance de matières « semi législatives » pour lesquelles les « principes fondamentaux » demeurent déterminés par la loi (b), et enfin, par l'adjonction d'un mécanisme d'ouverture du domaine de la loi par le vote d'une loi organique (c).

a) L'allongement de l'énumération des matières réservées à la loi

1116. La réserve réglementaire (les matières réservées au règlement) implique l'existence d'un domaine législatif *maximum.* L'allongement de l'énumération des matières réservées à la loi permet d'en neutraliser la rigueur. C'est ce à quoi s'attelle principalement le Comité consultatif constitutionnel. L'avant-projet dont il est saisi le 29 juillet 1958 fixe un catalogue d'une dizaine de matières ou objets[263] législatifs (de 200 mots environ), c'est-à-dire ne laisse *« pas grand-chose au Parlement. »*[264] Dans sa séance du 7 août[265], le Comité complète considérablement cette liste (à hauteur de 80 %) : l'énumération, qui passe à 16 matières ou objets législatifs, est largement précisée pour chaque item (360 mots environ). Il y ajoute notamment la création des établissements publics, les régimes matrimoniaux, l'organisation des forces armées, le contrôle des finances publiques, la planification économique et l'organisation des comptes de l'Etat[266]. Interpellé par de nombreux acteurs de la société civile[267], le Conseil d'Etat poursuit cette œuvre, en reformulant et réorganisant l'énumération

[263] L'autorisation de la ratification des traités n'est pas à proprement parler une matière législative mais un objet législatif.
[264] JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.68. Il ajoute : *« mea culpa ! »*
[265] Comité consultatif constitutionnel, séance du 7 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.254-274
[266] Propositions de modifications adoptées par le Comité consultatif constitutionnel, *Journal officiel* du 20 août 1958, *DPS,* vol. 2, p.580-583
[267] A l'été 1958, très nombreux sont les personnalités, les syndicats, groupes d'intérêts ou associations en tous genres s'adressant par courrier à René Cassin pour solliciter l'allongement, sur des points précis, du domaine de la loi. v. Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, Fonds privé René Cassin – AN 382 AP 103, Travaux constitutionnels, 1958-1959, Dossier 2 : courrier reçu, mai-septembre 1958 / Suggestions d'ordre constitutionnel adressées à René Cassin par des magistrats, des personnalités politiques, des associations et des particuliers.

proposée par le Comité consultatif constitutionnel[268]. Les 16 matières ou objets législatifs sont conservés (280 mots environ) mais certains item supprimés (dont la planification) et d'autres ajoutés (la publication, les effets et l'application des lois ; le régime d'émission de la monnaie ; les garanties disciplinaires des fonctionnaires). En sort un texte considérablement plus étoffé que celui finalement proposé au référendum. Quoi qu'il en soit, l'allongement de la liste des matières traduit une volonté de rétrécissement du champ de la réserve réglementaire. Raymond Janot, qui s'en inquiétait à l'été 1958[269], reconnaîtra beaucoup plus tard son mécompte[270].

b) La référence aux « principes fondamentaux »

1117. La distinction entre les matières pour lesquelles la loi « fixe les règles » et celles pour lesquelles elle « détermine les principes fondamentaux » est introduite au stade de l'examen en Conseil d'Etat[271]. Il s'agit, selon les mots mêmes de ses concepteurs, d'une constitutionnalisation du principe de la « loi-cadre »[272] (L'avis du Conseil d'Etat fait d'ailleurs référence, non aux « principes fondamentaux », mais aux « cadres généraux »)[273]. La distinction implique, dans l'esprit des rédacteurs, une différenciation du degré de précision de la loi, selon qu'elle fixe les règles ou qu'elle détermine les principes : dans ce dernier cas, le cantonnement par l'objet (en « surface ») se double d'un cantonnement par l'importance (en « profondeur » ou en « détail »)[274], au profit de la compétence réglementaire. On pourrait donc y voir une atteinte supplémentaire à la souveraineté de la loi.

1118. Ce serait mal présenter les choses. La distinction entre les principes et règles permet, au contraire, de sauvegarder l'intervention de la loi dans des matières que l'avant-projet d'article 34 entendait désormais réserver au pouvoir réglementaire. Autrement dit, la

---

[268] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.104-129 ; Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.454-465

[269] *« vous aboutissez à une solution qui est exactement la situation actuelle et les conséquences du texte que vous faites, c'est qu'il sera impossible de faire la moindre réforme. »* (*ibid.,* p.269)

[270] *« Je suis très convaincu aujourd'hui que si l'article 34 initialement rédigé avait été inséré tel quel dans la Constitution, cela aurait sans doute été très fâcheux. »* (« L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.69)

[271] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.117-120 ; Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.454-465

[272] v. les propos du rapporteur général Deschamps : *« je proposerais (...) de mettre tout à fait en tête : « elle [la loi] détermine par des lois-cadres les principes généraux ». Ce qui montrerait bien que ce sont des lois-cadres. »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.456) ; v. encore les propos du commissaire du Gouvernement Janot : *« Je crois que lorsque l'on dit que l'on pose des principes généraux, il s'agit des lois-cadres. »* (*ibid.,* p.457)

[273] Avis adopté le 28 août 1958 par le Conseil d'Etat sur le projet de Constitution, *DPS,* vol. 3, p.474

[274] Les termes « cantonnement par l'importance » / « cantonnement par l'objet » sont empruntés à Léo Hamon (« Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *art. cit.,* p.253)

distinction entre principes et règles permet de préserver la *prévalence* de la loi – la législation-cadre est un « rapport de prévalence atypique »[275] – dans des matières qui, à l'origine, eussent dû lui échapper. Elle se traduit donc par une limitation du champ du pouvoir réglementaire, cantonné – en ces matières – au développement des principes posés par la loi. Lorsque la loi « détermine les principes fondamentaux », le pouvoir réglementaire perd en discrétionnalité. Son champ d'action se trouve amoindri. Au contraire, en posant les « principes » dans ses matières mixtes, le Parlement recouvre un domaine qui, dans l'avant-projet, devait intégralement relever de la compétence réglementaire. La référence aux « cadres généraux » apparaît donc comme une solution *transactionnelle* permettant au Conseil d'Etat d'élargir le domaine de la loi sans se heurter à l'opposition systématique du Gouvernement. Ce dernier y trouve d'ailleurs son compte, tant lui est précieux l'avis favorable du Conseil d'Etat sur le dispositif[276].

1119. Les travaux préparatoires confirment cette lecture. En 1977, Raymond Janot témoigne :

> « [Face à l'élargissement du domaine de la loi], nous nous disions : mais que va-t-il rester dans le domaine réglementaire ? Aussi, lorsque quelqu'un au Comité consultatif constitutionnel et surtout au Conseil d'Etat, disait : on rajoute telle matière, intérieurement nous levions les bras au ciel et nous disions : "oui, d'accord, mais seulement les principes fondamentaux." »[277] (on souligne)

Cet état des choses est palpable devant la Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, à l'occasion de l'examen de l'alinéa réservant la matière civile à la loi. Si l'état et la capacité des personnes, la nationalité et les régimes matrimoniaux ne posent aucune difficulté, le régime de la propriété et des droits réels et les obligations civiles et commerciales soulèvent la controverse. Peut-on vraiment soustraire ces matières du domaine de la loi, comme le propose Raymond Janot ? Même ce dernier reconnaît que la solution est *« politiquement »* inconcevable[278]. A l'initiative du rapporteur général Deschamps, est ainsi introduite la référence aux « principes fondamentaux », *« formule vague, bien entendu » – « un peu trouble et équivoque,* reconnaît Latournerie – mais qui *« permet précisément des discriminations »*[279]. Son usage sera ensuite étendu à d'autres matières (l'organisation de la défense nationale ; la

---

[275] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.454 et s.

[276] Ces considérations expliquent pourquoi, après l'examen du texte par la Commission constitutionnelle, une mise en forme du projet d'article 34 est élaborée conjointement par les rapporteurs et certains ministres. (v. les propos de Raymond Janot en ce sens, le 28 août au matin (*DPS,* vol. 3, p.395) C'est à la suite de cette mise en forme qu'apparaît, dans l'article, la présentation duale (en réalité il s'agit d'une simple factorisation du travail de la Commission) selon que la loi fixe les « règles » ou détermine les « principes »

[277] JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *art. cit.,* p.69

[278] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.118

[279] *ibid.*

libre administration des collectivités territoriales, la détermination de leur compétence et de leurs ressources ; le droit syndical). En définitive, comme le remarque René Cassin en Assemblée générale, le recours aux « principes généraux » permet de *« consacrer la compétence législative traditionnelle »* [280] , sans anéantir pour autant les velléités gouvernementales.

c) Le recours à la loi organique

1120. Le principal apport du Conseil d'Etat à l'atténuation du champ de la réserve réglementaire est l'adjonction, en Assemblée générale, d'un alinéa final au projet d'article 34 aux termes duquel : *« les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique. »*[281] Il est la solution proposée par le Conseil d'Etat pour atténuer l'atteinte à la souveraineté du Parlement. La vive hostilité provoquée par le système gouvernemental avait, en effet, conduit l'Assemblée générale à rejeter l'ensemble du dispositif, le matin du 28 août (*cf. supra,* n°1098 s.). Conséquemment, René Cassin avait chargé ses collègues de réfléchir à un système alternatif, et l'examen des projets d'articles 34 à 41 fut reporté au soir même. La principale critique adressée au système est la « réserve réglementaire », c'est-à-dire l'existence d'un domaine législatif *maximum* qui empêcherait le Parlement de s'emparer d'une matière réglementaire.

1121. Ces considérations orientent les réflexions dans deux directions[282]. Le conseiller Philippe Renaudin souhaite que demeure *indicative* l'énumération des matières législatives et propose, en ce sens, l'adjonction de l'adverbe « essentiellement » en tête de l'article 34 : *« Le domaine de la loi comprend essentiellement les matières indiquées ci-après »*[283]. La formule n'est pas retenue. La *« solution transactionnelle »* [284] qui offrira toutes les satisfactions à l'Assemblée générale est proposée par le président Roger Latournerie. De son point de vue, la

---

[280] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.456

[281] Cette rédaction est, en réalité, issue du Comité interministériel du 1er septembre 1958 (*DPS,* vol. 3, p.509). La rédaction de l'Assemblée générale est considérablement plus restrictive : *« La loi fixe les règles concernant : (...) toutes matières reconnues de nature législative par une loi organique. »* (Avis du 28 août, *DPS,* vol. 3, p.475). v., sur l'adjonction de cet alinéa, PEZANT, J.-L., *art. cit.,* p.534-536 ; LEROYER, S., *op. cit.,* p.342-348

[282] Trois jours auparavant, en Commission constitutionnelle, le conseiller Jean Burnay proposait de constitutionnaliser le système de l'avis du 6 février 1953, en y adjoignant le principe d'une ratification implicite. (Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.100). Le rapporteur général Deschamps proposait, quant à lui, de constitutionnaliser le système de la loi du 17 août 1948 (*id.,* p.101)

[283] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.439

[284] *ibid.,* p.440

réserve réglementaire est souhaitable[285]. Mais une énumération *ne varieur* des matières législatives – en plus de porter atteinte aux pouvoirs du Parlement – conduirait à l'immuabilité du domaine[286]. Or, les matières législatives et réglementaires doivent idéalement demeurer *variables* pour s'adapter à l'évolution des circonstances (*cf. supra,* n°1101 s.). A ses yeux, donc, la modification de la liste des matières législatives doit demeurer possible *en toutes circonstances.* L'idée de la révision constitutionnelle, *« trop lourde »*[287], est rapidement écartée comme solution viable. (C'est pourtant cette solution qui, depuis 1958, est majoritairement mise en œuvre pour compléter ou préciser l'article 34.) Reste le recours à la *loi organique,* catégorie nouvellement créée en 1958. Pour Roger Latournerie, il présente de nombreux avantages : le domaine de la loi perdrait son caractère *limitatif* sans redevenir purement *indicatif* ; le Parlement retrouverait la compétence de sa compétence, sous réserve de respecter une procédure législative spéciale, et sous le contrôle du Conseil constitutionnel – qui aurait notamment pour fonction de s'assurer du caractère *« intrinsèquement »* législatif de la matière[288] ; parallèlement, le Gouvernement – maître de la procédure législative – conserverait les moyens de s'opposer à toute initiative intempestive. Pour René Cassin, la solution est heureuse : *« il est clair que, ce matin, nous avions devant nous un système bloqué, sanctionné, et que ce nouveau système est un système ouvert. »*[289] Le dispositif des articles 34, 37, 38 et 41 crée une *« présomption générale »*[290] que le Parlement peut renverser par l'adoption d'une loi organique, laquelle constitue néanmoins un mécanisme de *« freinage »*[291] contre les reprises parlementaires.

---

[285] Le 28 août, il est l'un des rares présidents de section à prendre clairement position en faveur du système gouvernemental. En réponse aux propos du doyen Julliot de la Morandière (*cf. supra*, n°1098), il se lance dans un véritable plaidoyer en faveur du pouvoir réglementaire autonome (*cf. supra,* n°558) : *« si l'on veut dire que l'autorité exécutive n'a pas un pouvoir propre, indépendant de celui de l'autorité législative, on commet, à mon avis, une erreur fondamentale, capitale, qui pervertit nos institutions (...) ; se plaçant en 1958 dans une certaine conjoncture, devant certaines perspectives – nous avons le devoir de définir ce qui, dans le régime ancien, peut être maintenu et ce qui doit être modifié (...) ;* ***l'expérience a montré dans ces dernières années qu'il [le Parlement] ne peut plus satisfaire à sa tâche****. »* (on souligne en gras) (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.404)

[286] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.440

[287] *ibid.*

[288] La formule est sibylline. Elle aboutirait à renouer avec une conception jusnaturaliste du domaine législatif. Jérôme Solal-Céligny s'en inquiète : *« Je désirerais faire observer qu'il est difficile de parler à la fois d'une liste du domaine de la loi comprenant les matières qui sont législatives et en même temps de matières qui seraient, par nature, législatives : c'est un peu contradictoire. »* (*ibid.,* p.445). René Cassin partage cette inquiétude (*ibid.*). Cela explique sans doute la reformulation de l'amendement Latournerie à la suite du Comité interministériel du 1er septembre.

[289] *ibid.,* p.442

[290] *ibid.,* p.442

[291] *ibid.,* p.446

1122. Le système n'est pas réellement nouveau. L'idée d'instituer une procédure spéciale d'évocation législative est avancée, dès 1952 et 1956, dans les projets Pinay et Petit (*cf. supra,* n°1000 s.). Inacceptable lorsqu'elle passait pour une atteinte à la souveraineté parlementaire, elle devient salvatrice lorsqu'elle apparaît comme une limite à la réserve réglementaire. La grande majorité de l'Assemblée générale se rallie à « l'amendement Latournerie ». Le soir du 28 août, la solution est adoptée à 34 voix contre 9[292]. Ceux qui, le matin même, s'étaient montré hostiles au projet gouvernemental, l'acceptent désormais avec moins de réticences, en témoignent les positions de Léon Julliot de la Morandière, Philippe Renaudin et René Cassin lui-même[293]. Dans la presse, l'amendement ne passe pas inaperçu : *« le Parlement pourra lui-même étendre le domaine réservé au pouvoir législatif »*[294] titre en une *le Monde* du 3 septembre 1958. Quant au Gouvernement, il se range facilement à la solution de l'Assemblée générale, tant celle-ci sauvegarde l'essentiel de son dispositif initial[295].

1123. En restreignant le champ du domaine réglementaire, ces solutions en atténuent considérablement la portée. D'autres dispositifs amoindrissent les mécanismes de sanction imaginés aux articles 37 et 41.

2) L'atténuation des mécanismes de sanction

1124. Corollaires indispensables du système de la coordination des domaines législatif et réglementaire, les dispositifs *d'irrecevabilité* (futur article 41) et de *déclassement* (futur article 37, al.2) figurent dès juillet 1958 dans les projets imaginés par Jérôme Solal-Céligny[296]. Particulièrement défavorables au Parlement dans leur formulation d'origine, ils

---

[292] *ibid.,* p.448

[293] *« Dans ces conditions,* déclare le doyen Julliot de la Morandière, *mon objection d'ordre constitutionnel disparaît, au moins en large partie. »* (*ibid.,* p.447) ; v. aussi, les propos de René Cassin dans sa lettre à Paul Ramadier : *« Ainsi les principes de la souveraineté des assemblées et de la séparation des pouvoirs sont saufs. Mais un régime d'autodiscipline du Parlement qui n'exclut pas une collaboration sincère avec le Gouvernement (au contraire du régime rigide préconisé) peut retarder les reprises inconsidérées mais faciliter le retour du Parlement à sa pleine maturité (...). »* (Lettre manuscrite datée du 2 septembre 1958, susmentionnée, p.6-7)

[294] « Le Parlement pourra lui-même étendre le domaine réservé au pouvoir législatif », *Le Monde,* 3 septembre 1958, p.1, col. 2 et 3

[295] Jean-Louis Pezant démontre, par ailleurs, que le Gouvernement semble avoir fait sienne, depuis quelques temps déjà, l'ouverture du domaine législatif par le vote d'une loi organique (PEZANT, J.-L., *art. cit.,* p.535-536)

[296] v., Propositions relatives à la possibilité pour le Gouvernement de prendre des ordonnances de valeur législative », 2 juillet 1958, (*DPS,* vol. 1, p.336) ; Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel, textes proposés, 2ème système (*DPS,* vol. 1, p.369)

sont progressivement amendés dans le sens d'un rééquilibrage : le mécanisme d'irrecevabilité est assoupli (a), celui du déclassement est durci (b).

a) L'assouplissement du mécanisme d'irrecevabilité

1125. Au cours du processus constituant, l'irrecevabilité change de qualification déontique. Dans sa rédaction initiale, le projet d'article 41 formule une *prescription* :

> « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption serait contraire aux dispositions de l'article [37], ou à la délégation prévue à l'article [38] (…) »[297].

La formule devient *permissive* à partir du 28 août 1958 :

> « S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité (…) »[298]

La nuance aura une importance considérable. Sur le plan pratique, elle permettra *opportunément* au Gouvernement de ne pas opposer l'irrecevabilité s'il souhaite laisser passer l'introduction d'une disposition réglementaire dans un projet de loi[299]. Sur le plan théorique, elle neutralisera progressivement le système de la coordination des domaines, comme le relèveront Louis Favoreu[300] et son école, et le confirmera le Conseil constitutionnel le 30 juillet 1982 dans sa décision *Blocage des prix*. Paradoxalement, cette modification de rédaction est d'origine gouvernementale : *« on a estimé,* explique Raymond Janot devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 28 août 1958, *(…) qu'il y avait lieu de donner une forme rédactionnelle assouplie à la question de la recevabilité quand le législateur statue dans un domaine qui n'est pas le domaine de la loi »*[301]. Les raisons sont très certainement stratégiques. Bien qu'envisagé par Jérôme Solal-Céligny dès juillet 1958[302], l'assouplissement du mécanisme d'irrecevabilité est consécutif à la vive opposition dont fait l'objet le projet d'article 41 devant le Comité consultatif constitutionnel (le 8 août), devant la Commission

---

[297] v., par exemple, le projet de Constitution transmis au Conseil d'Etat le 21 août 1958 (*DPS,* vol. 3, p.14)

[298] Nouveau texte du Gouvernement, 28 août 1958 (*DPS,* vol. 3, p.397)

[299] La pratique ultérieure confirme cet usage (ou plutôt, ce « non usage ») de l'article 41. v., OLIVA, E., *op. cit.*

[300] FAVOREU, L., « Les règlements autonomes existent-ils ? », *art. cit.,* spéc. p.413-414 ; FAVOREU, L., « Rapport introductif », *in : Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.30-37 ; TREMEAU, J., *op. cit.,* ; OLIVA, E., *op. cit.*

[301] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.456

[302] Dans sa « Note sur la fonction législative » adressée au Conseil interministériel du 7 juillet, il envisage l'hypothèse d'une coordination *« souple »* des domaines de la loi et du règlement qui *« admettrait la possibilité pour le Parlement d'intervenir dans les matières non réservées à la loi, sans que cette intervention empêche le Gouvernement d'user de son pouvoir réglementaire pour modifier au besoin les textes pris en forme législative dans ces matières. »* (*DPS,* vol. 1, p.368)

constitutionnelle du Conseil d'Etat (le 25 août) et dans les colonnes du *Monde* (le 26 août au soir) (*cf. supra*, n°1093 s.). Il apparaît, une nouvelle fois, comme une solution transactionnelle censée rendre plus acceptable – dans la perspective de la campagne référendaire et de l'application future de la Constitution, notamment par le Conseil d'Etat – le système de la réserve réglementaire. Du reste, le Gouvernement perçoit très tôt l'intérêt politique d'un tel assouplissement. Dès le 27 août, dans son discours devant l'Assemblée générale, Michel Debré reconnaît que le *« Gouvernement peut accepter, à l'occasion, une intervention parlementaire hors le domaine de la loi. Cette intervention ne modifi[ant] pas le partage ni ses conséquences »*[303]. La pratique future confirmera cette manière de voir, qui n'avait *a priori* rien d'évident[304]. Premier ministre, Michel Debré n'oppose que très modérément l'irrecevabilité de l'article 41 aux propositions de loi ou amendements[305]. Il imprime, par-là, une empreinte durable à l'interprétation de l'article 41, rapidement tombé en *« désuétude »*[306]. Le fait majoritaire rendrait bientôt inutile ce dispositif de rationalisation.

b) Le durcissement du mécanisme de déclassement

1126. Initialement pensé comme le simple corollaire du projet d'article 34 (délégalisant *ex ante* et pour l'avenir les dispositions législatives intervenues en matières non expressément réservées à la loi), l'alinéa 2 du projet d'article 37 devient progressivement l'instrument de la réserve réglementaire, assurant le cas échéant au Gouvernement la récupération *ex post* de son domaine[307]. Ces considérations expliquent pourquoi, à l'été 1958, la délégalisation est, à son tour, sévèrement critiquée et le dispositif progressivement réécrit. Le Comité consultatif constitutionnel en conditionne notamment l'exercice, en y adjoignant des formalités procédurales. L'idée – collectivement partagée – est d'aboutir à ce que le Gouvernement ne dispose pas d'un pouvoir entièrement discrétionnaire en la matière. Pour le sénateur François Valentin, la délégalisation n'est envisageable *« qu'à la condition tout de même qu'un*

---

[303] Discours de Michel Debré devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, du 27 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.258

[304] En témoignent les directives adressées par le Secrétariat général du Gouvernement en mai 1959, lesquelles imposent une interprétation rigoureuse de l'article 41 : *« le Gouvernement opposera l'irrecevabilité à toutes dispositions n'entrant pas dans le domaine législatif tel qu'il est défini à l'article 34 de la Constitution. »* (Note d'André Holleaux du 4 mai 1959 relative à l'application de l'article 41 de la Constitution, *Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 4, 28 avril 1959 – 31 juillet 1959, op. cit.,* p.110

[305] v. AROMATARIO, S., *op. cit.,* p.360-361. L'auteur relève 19 usages.

[306] FAVOREU, L., « Avant-propos », *in : Le Domaine de la loi et du règlement,* 2e éd., *op. cit.,* p.10

[307] La formule de l'avant-projet, datée du 15 juillet, (*« les textes de forme législative intervenus en ces matières deviennent réglementaires »* (*DPS,* vol. 1, p.434)) diffère substantiellement de celle retenue à partir du 19 juillet (*« les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent à tout moment être modifiés par voie réglementaire. »* (*DPS,* vol. 1, p.463 ; p.482 ; p.508).

minimum de garanties soient prises et que le Gouvernement ait, si j'ose dire, une sorte non pas de sanction mais de difficulté. »[308] Son collègue René Dejean partage son analyse et ajoute que :

> « la Constitution doit s'imposer à tout le monde (…). [L]e Gouvernement, maître partout ailleurs, ne doit pas empiéter sur le domaine réservé de l'article [34] et, en tous cas, s'il empiète sur ce domaine réservé, il importe que la Constitution qui, à l'article [41] organise l'irrecevabilité des propositions législatives débordant de l'article [34], organise aussi les pénalités qu'encourt le Gouvernement lorsqu'il pénètre dans l'enceinte sacro-sainte du pouvoir législatif. »[309]

Le souci de « freiner » le recours à la délégalisation, c'est-à-dire d'en limiter la discrétionnalité, conduit à subordonner l'exercice du pouvoir réglementaire de l'alinéa 2 du projet d'article 37 à une triple consultation : les décrets, pris après avis du Conseil d'Etat et délibérés en Conseil des ministres, ne pourront abroger une disposition formellement législative qu'à la condition que le Conseil constitutionnel ait déclaré leur conformité à l'article 34[310], c'est-à-dire ait constaté le caractère véritablement réglementaire de la matière. Cette lourde procédure est favorablement accueillie par le Gouvernement[311]. Il la limite cependant aux seuls cas de délégalisation des lois intervenues *postérieurement* à l'entrée en vigueur de la Constitution, les textes antérieurs demeurant délégalisables par simples décrets en Conseil d'Etat sans que soit requise l'intervention préalable du Conseil constitutionnel. La délibération en Conseil des ministres n'est pas retenue. Telle est la procédure qui figure dans la version définitive de l'article 37 alinéa 2. Le Comité consultatif constitutionnel est donc le principal artisan de l'écriture du dispositif de déclassement actuellement en vigueur, l'ayant assorti des contraintes procédurales qui en limitent la liberté d'usage par le Gouvernement. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat adopte le projet d'article sans aucune difficulté[312].

---

[308] Comité consultatif constitutionnel, séance du 8 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 2, p.279

[309] *ibid.,* p.282

[310] Texte du Comité consultatif constitutionnel : *« En conséquence, les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent à tout moment être modifiés par décrets en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat. Dans ce cas, les décrets ne peuvent être pris que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ne sont pas contraires aux dispositions de l'article [34] »* (*DPS,* vol. 2, p.584-585)

[311] Pour Jean-Louis Pezant, il s'agit là d'une *« récompense »* faite par Michel Debré aux membres du Comité consultatif constitutionnel pour son accueil finalement compréhensif du mécanisme. (PEZANT, J.-L., *art. cit.,* p.526)

[312] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.439. Tel n'est pas le cas devant la Commission constitutionnelle. Les rapporteurs, suivis par quelques conseillers, proposent de modifier le texte gouvernemental dans le sens d'une suppression totale de l'avis du Conseil constitutionnel, au profit de l'avis conforme du Conseil d'Etat pour toute délégalisation. Cette modification est inspirée, moins par la crainte d'une lenteur de la procédure, que par la volonté de ne pas déposséder, au profit du Conseil constitutionnel, le Conseil d'Etat de ses attributions traditionnelles en matière d'examen de la constitutionnalité des actes réglementaires. Il faut l'autorité du Président Latournerie pour convaincre ses collègues de s'en tenir au projet gouvernemental : si l'avis du Conseil d'Etat est effectivement suffisant pour constater l'abrogation implicite d'une loi par la nouvelle Constitution (cas des lois formelles antérieures à la Constitution), la consultation du

1127. Conclusion de la section. Parce qu'elle heurte « l'idée républicaine » au plus profond d'elle-même, la réserve réglementaire (c'est-à-dire l'idée d'un domaine législatif *maximum*) est combattue à l'été 1958, tant par les rédacteurs du texte (Comité consultatif constitutionnel et Conseil d'Etat), que par la doctrine : les aménagements apportés au dispositif des articles 34, 37 et 41 pour en réduire la portée contiennent en germe la neutralisation de la « révolution » de 1958.

1128. L'écriture de la Constitution de 1958 révèle combien la coordination des domaines législatif et réglementaire fait figure de *« compromis implicite »*[313] de la Ve République. Bien qu'elle s'inscrive assurément dans « le sens de l'histoire », l'émancipation du pouvoir réglementaire n'est pas un processus absolument progressif. Elle est le résultat de solutions transactionnelles qui s'expriment, en 1958, sous la forme de flux (la rationalisation des fonctions de législation, porteuse de l'héritage du réformisme engagé depuis l'entre-deux-guerres) et de reflux (la neutralisation de la réserve réglementaire, héritière des « hantises » républicaines). Ainsi, la « révolution » de 1958 doit être immédiatement relativisée. Les mêmes constats peuvent être dressés s'agissant de l'interprétation du nouveau dispositif constitutionnel. La transition infraconstitutionnelle s'en trouve facilitée.

SECTION 2 :
LA TRANSITION INFRACONSTITUTIONNELLE FACILITEE : UN *CONTINUUM* CONSTITUTIONNEL

1129. Évitée au stade de l'écriture du texte constitutionnel, la « révolution » est écartée dès les premières interprétations de la nouvelle Constitution. Pour le démontrer, il faut s'intéresser à la transition constitutionnelle, entendue ici dans sa *« dimension intégrative »*[314], c'est-à-dire relativement à sa fonction de réception et d'adaptation de l'ordre juridique ancien

---

Conseil constitutionnel demeure indispensable pour constater l'irrégularité des lois qui lui sont postérieures. (Commission constitutionnelle, 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.130-137)

[313] *Les compromis implicites de la Ve République,* Colloque organisé par la fondation Charles de Gaulle, en partenariat avec l'ENA, l'ENS et PSL, 20 et 21 septembre 2018, [Actes à paraître]

[314] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.8-9 et p.17 et s. ; v. aussi CARTIER, E., « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC,* n°71, 2007, p.513-534 ; v. encore FERRARI, S., « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un *continuum* constitutionnel », *RFDC,* n°83, 2010, p.497-521 ; v. encore TREMEAU, J., « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *Mémoire de DEA,* Université d'Aix-Marseille III, 1990, reproduit *in : Annuaire International de Justice Constitutionnelle,* 6-1990, 1992, p.219-316 ; ou SENAC, C.-E., « Le constat juridictionnel de l'abrogation implicite d'une loi par la Constitution », *RDP,* n°4, 2008, p.1081-1099

(particulièrement des normes infraconstitutionnelles produites en vertu de celui-ci) dans l'ordre juridique nouveau. Elle réalise un *« continuum constitutionnel »*[315] qui atténue, voire neutralise, les effets de toute rupture constitutionnelle formelle, donc de toute révolution. En 1958-1959, cette dimension de la transition constitutionnelle est largement régulée par le Conseil d'Etat, lequel est associé depuis juin 1958 à la production des *« trois types de normes »*[316] qui structurent l'ordre constitutionnel nouveau : les normes produites en vertu de *« l'ordre juridique relais »*[317] (les ordonnances édictées, d'une part, sur le fondement de la loi du 3 juin 1958 relatives aux pleins pouvoirs, d'autre part, sur le fondement de l'article 92 de la nouvelle Constitution) ; les normes constituantes (la Constitution proprement dite, sur le fondement de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958) ; les normes qui déterminent le sort des normes infraconstitutionnelles antérieures (arrêts et avis rendus dans le cadre de l'application des articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution du 4 octobre 1958)[318]. Toutes participent, à leur façon, à la dimension intégrative de la transition constitutionnelle. On comprend qu'elle occupe l'essentiel du temps des sections administratives du Conseil d'Etat[319], lesquelles – *« frappées de plein fouet »*[320] par l'entrée en vigueur du dispositif constitutionnel – dégagent, au prix d'un travail considérable[321] et dès les premières semaines d'application de la

---

[315] L'expression est empruntée à Sébastien Ferrari, *art. cit.*

[316] CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.7.

[317] CARTIER, E., « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *art. cit.,* p.523

[318] En s'appuyant sur cette typologie, on pourrait d'ailleurs opérer une distinction entre la production des *normes* qui structurent l'ordre constitutionnel nouveau et la production des *normes d'habilitation* à produire ces normes. En 1958, le Conseil d'Etat est associé à chacune d'elles. Par l'ordonnance du 31 juillet 1945, il est associé à la production de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, par laquelle il est habilité à participer à la production de la nouvelle Constitution, qui l'habilite à son tour à produire les normes de *« l'inter-règne »* constitutionnel transitoire (art. 92) et à déterminer le sort des normes infraconstitutionnelles antérieures (art. 37, al. 2). La même ordonnance du 31 juillet 1945, l'associe à la production de la loi du 3 juin 1958 « relative aux pleins-pouvoirs », c'est-à-dire à la définition du cadre normatif de *« l'ordre juridique relais »,* qui l'associe à son tour à la production des normes (ordonnances) produites en vertu de celui-ci. (Les expressions entre guillemets et en italiques sont d'Emmanuel Cartier)

[319] v. les propos du rapporteur Deschamps sur un projet d'ordonnance relative au prix des baux à ferme le 13 novembre 1958 : *« si l'on examine l'article 34 et l'article 37, que vous connaissez bien puisque nous en parlons à peu près tous les jours (...) ».* CE, Assemblée générale, 13 novembre 1958, « Projet d'ordonnance relative au prix des baux à ferme », n°275725, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/532 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/27

[320] FOUGERE, L., « L'application des articles 34 et 37 par le Conseil d'Etat », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.145

[321] Le travail est tel que les présidents de section eux-mêmes sont obligés de rapporter sur certains projets de texte. v. les très éclairants propos de Pierre Josse, président de la Section des travaux publics le 18 septembre 1958 : *« Je voudrais ajouter un mot en terminant. Il peut paraître inhabituel qu'un Président de section rapporte devant vous. Croyez bien, mes chers collègues, que ce n'est pas par goût de l'autorité ; mais* ***il faut avouer publiquement que vos sections administratives sont actuellement exsangues.*** *Nos collègues du contentieux venus en renfort pendant quelques temps sont depuis quelques jours repris par leurs occupations. La plupart du temps, nous siégeons à trois conseillers et encore quand l'un de nous n'est pas malade. Les maîtres des requêtes ? Nous en avions autrefois mais maintenant ils sont surtout en dehors de notre Maison. Je dois faire*

Constitution, les principales solutions consacrées par la section du contentieux, voire par le Conseil constitutionnel, dans les années suivantes[322]. Cette étude des avis du Conseil d'Etat sur cette période n'avait jamais été réalisée[323]. Elle révèle pourtant combien est réel le *« continuum constitutionnel »* entre la IVe et la Ve République dans les conditions d'exercice et le régime du pouvoir réglementaire : d'une part, le Conseil d'Etat intègre et adapte progressivement les habilitations et normes infraconstitutionnelles anciennes à la coordination nouvelle des domaines législatif et réglementaire (§1), d'autre part, il interprète conformément aux principes de l'ordre juridique ancien les dispositions structurantes de l'ordre juridique nouveau (§2). Ce faisant il neutralise définitivement – et dès l'automne 1958 – la portée de la « révolution » juridique de 1958.

§1. L'avènement du critère matériel : les incidences rigoureuses de la coordination des domaines sur les normes infraconstitutionnelles antérieures

1130. La coordination des domaines législatif et réglementaire par la Constitution du 4 octobre 1958 n'est pas sans conséquence sur le sort des normes infraconstitutionnelles qui lui sont préexistantes. Leur validité statique, et surtout dynamique, dans l'ordre juridique nouveau nécessite, sinon du *substituer*, à tout le moins de *superposer* au critère organico-formel ancien, le critère matériel nouveau. La question présente un intérêt particulier au stade de leur modification par des normes infraconstitutionnelles postérieures au 4 octobre 1958, produites en vertu des habilitations constitutionnelles nouvelles. De ce point de vue, l'effet

---

hommage à leur dévouement. A ma section, même celui qui est directeur de cabinet vient rapporter, contrairement à une tradition bien établie, et même celui qui est outre-mer vient rapporter également et fait intégralement le lot de ses dossiers. Je ne peux pas me plaindre. Chacun de nous sait qu'il a actuellement, un nombre de dossiers écrasant ; je ne pouvais pas décemment demander à l'un d'entre eux d'étudier à fond une matière qui lui aurait été nouvelle alors que j'ai été associé, comme je le répète, depuis l'origine à l'élaboration du projet. C'est pour cela que je présente le rapport mais je tenais à vous indiquer cette situation. » (p.12-13) (on souligne en gras) (CE, Assemblée générale, 18 septembre 1958, « Projet d'ordonnance portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique », n°275313, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/520 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26)

[322] Sont dégagées entre septembre 1958 et février 1959 par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, les solutions des arrêts *Syndicat général des ingénieurs-conseils* du 26 juin 1959 (caractère « administratif » des règlements autonomes) ; *Société Eky* du 12 février 1960 (caractère « législatif » des ordonnances de l'article 92) ; *Lagaillarde* du 27 mai 1960 (maintien en vigueur des habilitations législatives antérieures) ; *Martial de Laboulaye* du 28 octobre 1960 (interprétation des habilitations en état de la législation antérieure) ; *Daunizeau* du 27 janvier 1961 (maintien des RAP sous la Ve République) ; *Fédération nationale des syndicats de police* du 24 novembre 1961 (caractère « administratif » des ordonnances de l'article 38), voire *Canal, Robin et Godot* du 19 octobre 1962 (persistance du critère organique).

[323] Francine Batailler et Séverine Leroyer, dans leurs thèses, ne s'intéressent qu'à l'interprétation *contentieuse* de la Constitution du 4 octobre 1958. Sur le rôle du Conseil d'Etat dans la transition constitutionnelle, v. néanmoins LEROYER, S., *op. cit.,* p.144 et s.

« coupant »[324] (l'expression est de René Cassin) de la coordination des domaines est perçue comme entraînant des conséquences radicales (A) qui appellent, dès les premiers jours d'application de la nouvelle Constitution, des aménagements nécessaires (B).

A- DES CONSEQUENCES RADICALES

1131. Doctrine et Conseil d'Etat sont unanimes à constater les changements *« radicaux »*[325] la *« novation complète »*[326] et les difficultés *« extrêmes »*[327] posés par l'entrée en vigueur des articles 34, 37, 38 et 41 de la nouvelle Constitution. Les premières semaines d'application du nouveau dispositif révèlent les conséquences – souvent inenvisagées – de l'avènement du critère matériel sur le régime législatif des actes infraconstitutionnels préexistants et à venir. La nouvelle coordination des domaines législatif et réglementaire, en substituant un système d'habilitations à un autre (1), affecte *ex nunc* la validité dynamique des lois matériellement réglementaires (2).

1) La substitution d'un nouveau système d'habilitations

1132. Son rôle dans la transition constitutionnelle (*cf. supra*, n°1129) amène très tôt l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à s'interroger sur les conséquences de l'entrée en vigueur de la coordination des domaines. L'élaboration d'un rapport sur ces questions est confiée à Roland Maspétiol par René Cassin. Il est délibéré le 9 octobre 1958 en Assemblée générale[328]. Il apparaît d'emblée que, d'applicabilité immédiate, les articles 34, 37, 38 et 41 abrogent le système antérieur (a) et s'imposent à l'exercice des pouvoirs de l'article 92 (b).

---

[324] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1*, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, op. cit.,* spéc. p.51)

[325] WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.706 ; v. encore, SOTO (de), J., *art. cit.,* p.240

[326] « Rapport de M. Maspétiol du 9 octobre 1958 sur la nouvelle répartition du domaine de la loi et du règlement », reproduit *in : Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* spéc. p.59

[327] Propos du président Michel en Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 1, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, op. cit.,* spéc. p.49). Au cours de la même séance, le président Latournerie évoque les *« problèmes redoutables »* posés par l'entrée en vigueur des articles 34/37 (*ibid.*). René Capitant en relève, en doctrine, les *« innombrables et inextricables difficultés »* (CAPITANT, R., « Une première interprétation », *art. cit.,* p.365)

[328] « Rapport de M. Maspétiol du 9 octobre 1958 sur la nouvelle répartition du domaine de la loi et du règlement », reproduit *in : Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* spéc. p.59

a) L'incompatibilité du système antérieur

1133. L'entrée en vigueur des articles 34, 37, 38 et 41 de la nouvelle Constitution substitue un système d'habilitation unique, permanent et invariable, à la difficile casuistique[329] du système préexistant (i). Elle se traduit par l'abrogation implicite des principales lois d'habilitation antérieures, immédiatement constatée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat (ii).

i) En finir avec la casuistique préexistante

1134. Suspendu à des habilitations législatives au *« coup par coup »*[330], le champ du pouvoir réglementaire est – avant 1958 – variable dans son objet et fluctuant dans la durée. C'était, pour Marcel Waline, de *« l'existentialisme au plus mauvais sens du terme »*[331]. De ce point de vue, il faut le dire d'emblée, le nouveau système d'habilitations est de nature à rassurer les apologistes des « faiseurs de système »[332] : en substituant un système d'habilitation unique et pérenne à la multiplicité des lois d'habilitations antérieures, et en réintroduisant un élément *« essentiel »*[333] (M. Waline), c'est-à-dire matériel, dans la définition des actes juridiques, les articles 34 et 37 renouent sans doute, par leur stabilité et leur généralité, avec l'exigence de sécurité du Droit, chère à Jean Rivero[334].

1135. Il ne faut donc pas minimiser les conséquences de l'entrée en vigueur des articles 34, 37, 38 et 41 de la nouvelle Constitution : ils simplifient considérablement l'exercice du pouvoir réglementaire, dont le champ était jusqu'alors suspendu à des habilitations législatives successives, éparses et composites, qu'il appartenait au juge d'interpréter au cas par cas. En juin 1958, par exemple, la détermination exacte du champ du seul pouvoir réglementaire primaire (c'est-à-dire *praeter* ou *contra legem*) dépend de l'interprétation de *plusieurs dizaines* de lois d'habilitations[335], prorogées, modifiées et complétées – parfois

---

[329] Du latin « *casus* », signifiant « accidentel ».

[330] VEDEL, G., « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *art. cit.,* p.785

[331] WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.716

[332] En 1951, Jean Rivero – qui s'émeut précisément de cet *« existentialisme juridique »* – est leur héraut (RIVERO, J., « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *art. cit.,* p.10)

[333] WALINE, M., *art. cit.,* p.716

[334] *« C'est que le droit,* écrit-il, *a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. (…) La mission du Droit, la mission du juge, est avant tout de créer de la sécurité par la stabilité et la généralité de la règle. »* (*ibid.,* p.6 et p.10)

[335] v., par exemple, s'agissant des habilitations les plus récentes et applicables au 30 juin 1958 : la loi n°58-520 du 3 juin 1958 relative aux pleins-pouvoirs, habilitant le Gouvernement pendant une durée de 6 mois à prendre

implicitement[336] – au fil du temps. Chacune de ces lois conditionne d'ailleurs variablement le champ de l'habilitation octroyée au Gouvernement, obligeant le Conseil d'Etat (dans ses sections administratives et au contentieux) à opérer des interprétations *au cas par cas* des réserves de lois et conditions formelles (procédure, délais, ratification etc.) imposées à l'exercice du pouvoir réglementaire ainsi consenti.

1136. L'application de loi du 3 juin 1958 relative aux pleins pouvoirs est particulièrement révélatrice de ces difficultés. En témoigne la séance de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat du 30 juillet 1958[337]. La loi autorise-t-elle le Gouvernement du général de Gaulle à intervenir en matière fiscale ? Les débats révèlent que l'interprétation de la réserve de loi (mentionnée à l'alinéa 2 de l'article unique) pose d'extrêmes difficultés à l'Assemblée générale. L'absence de référence *explicite* à la matière fiscale dans l'énumération des matières *spécialement* réservées à la loi doit-elle s'entendre comme habilitant *implicitement* le Gouvernement à réguler ladite matière, malgré la référence *générale* à l'interdiction de porter atteinte aux matières réservées à la loi par la « tradition constitutionnelle républicaine » résultant notamment à la Déclaration de 1789 ? La question est vivement controversée. Elle oppose les partisans d'une interprétation littérale de la réserve, à ceux d'une interprétation

---

les dispositions jugées nécessaires au redressement de la nation (J.O.R.F. du 4 juin, p.5327) ; la loi n°56-256 du 16 mars 1956 relative aux pleins pouvoirs en Algérie, complétée, modifiée et prorogée à quatre reprises (la dernière étant la loi n°58-521 du 3 juin 1958), habilitant le Gouvernement jusqu'à l'expiration de ses fonctions à prendre notamment toutes mesures exceptionnelles en Algérie en vue du rétablissement de l'ordre (J.O.R.F. du 17 mars, p.2591) ; la loi n°58-95 du 5 février 1958 (art. 17) sur les institutions de l'Algérie, habilitant le Gouvernement jusqu'au 1er octobre 1958 à mettre en œuvre le nouveau statut de l'Algérie (J.O.R.F. du 6 février, p.1379) ; la loi n°57-1263 du 13 décembre 1957 (art. unique, §3, §4, §5) tendant au rétablissement de l'équilibre économique et financier, habilitant le Gouvernement jusqu'au 30 juin 1958, à encourager et faciliter les échanges extérieurs, à développer le tourisme et à stabiliser les prix (J.O.R.F. du 14 décembre, p.11346) ; la loi n°57-908 du 7 août 1957 prorogée, modifiée et complétée par la loi n°58-356 du 5 avril 1958, habilitant le Gouvernement jusqu'au 1er octobre 1958 à prendre toutes mesures tendant à favoriser la construction de logements (J.O.R.F. du 10 août, p.7906) ; la loi n°56-619 du 23 juin 1956 dite « loi-cadre Defferre » (titre II), habilitant toujours le Gouvernement, sans condition de délai, à fixer le statut du Togo et à procéder à des réformes institutionnelles au Cameroun (J.O.R.F. du 24 juin, p.5782) ; la loi n°48-1268 du 17 août 1948 dite « loi Marie » (art. 6 et 7) habilitant le Gouvernement, sans limitation de durée, à abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur dans les matières ayant par leur nature un caractère réglementaire (J.O.R.F. du 18 août, p.8082) ; la loi n°50-1478 du 30 novembre 1950 (art. 7) autorisant le Gouvernement, sans limitation de durée, à modifier les conditions de recensement, de révision, de formation, de fractionnement et d'appel du contingent (J.O.R.F. du 1er décembre, p.12151) ; divers articles du code des douanes du 28 décembre 1926 habilitant le Gouvernement, sans limitation de durée, à abaisser, relever ou suspendre divers tarifs douaniers etc. Il y faudrait ajouter les diverses habilitations jurisprudentielles, reconnues au Gouvernement par le Conseil d'Etat (police, organisation et fonctionnement du service public, circonstances exceptionnelles etc.)

[336] La question se pose essentiellement pour la loi du 17 août 1948. v., sur ce point, les conclusions du commissaire du Gouvernement Grévisse, sur l'arrêt *Ville de Lyon* du 24 juin 1955 *:* « *lorsque, postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 17 août, des lois interviennent dans l'une des matières réglementaires par nature énumérées à l'article 7 de la loi, la compétence du pouvoir réglementaire se trouve-t-elle restreinte et dans quelle mesure ? »* (Conclusions, *Cahiers jurid. electr. et gaz.* 1955.1.59, p.206) (*cf. supra,* n°1029 s.)

[337] CE, Assemblée générale, 30 juillet 1958, « Projet d'ordonnance relative à diverses dispositions d'ordre fiscal », n°275001, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/518 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26

fonctionnelle de l'habilitation. A 15 voix contre 8, les projets d'ordonnances fiscales du Gouvernement sont finalement rejetés par l'Assemblée générale. La malfaçon rédactionnelle de la réserve de loi aboutit donc à priver le Gouvernement de Charles de Gaulle de pouvoirs fiscaux, que les lois du 14 août 1954 et du 2 avril 1955 avaient pourtant accordés à Pierre Mendès France et Edgar Faure. Cet épisode du 30 juillet 1958 – le dernier de la IVe République – n'a rien d'isolé. Il est même très représentatif du travail du Conseil d'Etat depuis une décennie (*cf. supra,* n°742 s. et n°929 s.)

1137. Ce « magma » de lois d'habilitation, aux champs très incertains, contraint par ailleurs le Conseil d'Etat à « jongler » entre les habilitations, c'est-à-dire à les *combiner*, voire à les *substituer* les unes aux autres[338]. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si l'arrêt *Rozé* – qui pose le principe des substitutions de base légale – est rendu le 8 mars 1957, précisément sur la question de savoir si le Gouvernement, ne trouvant plus dans la loi du 17 août 1948 le fondement suffisant de son action (à raison d'interventions législations ultérieures le privant de certains de ses pouvoirs dans les « matières réglementaires par nature »), ne pouvait pas le retrouver temporairement dans la loi de pouvoirs spéciaux du 14 août 1954. Ces montages contentieux – proches d'une appréciation en opportunité[339] – sont les expédients auxquels est réduit le Conseil d'Etat face à la multiplicité, la variabilité et la précarité des habilitations.

1138. De ce point de vue, l'entrée en vigueur des articles 34 et 37 facilite considérablement l'exercice du pouvoir réglementaire. Au lendemain du 4 octobre 1958, les archives en témoignent, ainsi que les visas dans les textes parus au *Journal officiel*, les décrets règlementaires primaires trouvent un fondement et un champ *uniques* dans l'article 37 de la Constitution qui se substitue, sur ce point, à la diversité des habilitations antérieures. Sur le plan pratique, on ne peut donc pas minimiser la portée de l'entrée en vigueur du mécanisme de la coordination des domaines.

ii) L'abrogation implicite des habilitations antérieures

1139. Les développements qui précèdent révèlent combien l'entrée en vigueur des articles 34, 37, 38 et 41 de la Constitution du 4 octobre 1958 pose rapidement la question de la

[338] v. par exemple, CE, Section des travaux publics, 16 septembre 1958, « Projet de décret relatif à la réglementation d'urbanisme applicable à la ville de Paris », n°274119, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/502 ***(cf.* Annexe n°29)** ; v. encore, CE, Section des travaux publics, 10 janvier 1958, « Projet de décret portant aménagement du financement de l'établissement national des invalides de la marine », n°273567, Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/489 : la Section recherche en vain une base légale.

[339] Le commissaire du gouvernement Mosset n'en disconvient pas (v. *Recueil Lebon,* 1957, p.150-151)

compatibilité des anciennes lois d'habilitation avec le nouveau dispositif de la coordination des domaines. Les normes infraconstitutionnelles tirant leur validité (c'est-à-dire leur existence) de leur appartenance à un système juridique (« validité-appartenance » dans la typologie de Carlos Nino)[340], l'avènement d'une nouvelle Constitution, qui fonde un nouvel ordre juridique – donc une nouvelle chaîne de validité – affecte potentiellement leur existence à venir. Leur validité future dépend ainsi de leur réponse aux conditions d'appartenance au nouveau système, donc de leur compatibilité avec la nouvelle norme constitutionnelle, tant sur le fond qu'au regard du mode de production des normes qu'elle détermine[341]. Les conflits inter-normatifs qui en découlent se résolvent au bénéfice de la nouvelle Constitution, soit par la technique de l'interprétation conforme, soit par celle de l'abrogation implicite[342].

1140. Les lois d'habilitation antérieures au 4 octobre 1958 peuvent-elles se maintenir sous l'empire de la nouvelle Constitution ? Les lois du 17 août 1948 et du 3 juin 1958 demeurent-elles compatibles avec le système des articles 34, 37, 38 et 41 ? Ces questions figurent parmi les premières qui sont tranchées par le Conseil d'Etat sous la Ve République. Confié à Roland Maspétiol, leur examen ne pose pas véritablement de difficulté. Dans son rapport, présenté à l'Assemblée générale du 9 octobre 1958, il considère que :

> « les articles 34 et 37 apportent une innovation complète en la matière ; les règles nouvelles doivent se substituer aux règles anciennes (…). Si l'on admet ce principe, il en résulte que doivent être regardées comme abrogées les dispositions fixant l'étendue du pouvoir réglementaire à l'intérieur du système général de la Constitution de 1946 et ceci vise notamment l'abrogation de la loi du 17 août 1948 et de la loi du 3 juin 1958 ; il en résulterait par conséquent que le Conseil d'Etat ne pourrait plus être saisi de textes de cette nature (…) »[343]

La question n'est pas véritablement controversée. René Cassin l'avait anticipée dès août 1958[344] et l'Assemblée générale confirme largement les conclusions du conseiller Maspétiol : *« il n'est pas possible,* déclare Marcel Fouan, *de combiner deux législations, deux systèmes ensemble. Il faut choisir. Le Gouvernement actuel a les pouvoirs et les moyens de légiférer ; il doit légiférer dans le cadre d'une Constitution qui est celle qui a été promulguée. »*[345] ; pour

---

[340] v. HERRERA, C.-M., *La philosophie du droit de Hans Kelsen, op. cit.,* p.37

[341] v., en ce sens, FERRARI, S., *art. cit.,* p.499-500

[342] *cf. supra,* n°1129, note 314

[343] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.41-42)

[344] *« Il va y avoir des lois incompatibles. On peut se demander si la loi du 17 août 1948, par exemple, va subsister. Il me semble bien que non. »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (soir), *DPS,* vol. 3, p.438)

[345] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.45)

Roger Latournerie, la nouvelle Constitution rompt avec le principe de la maîtrise et de la régulation par le Parlement de la compétence réglementaire. Désormais, déclare-t-il :

> « cette délimitation de compétence n'est plus faite par l'autorité législative (…), elle est faite par la Constitution elle-même, directement. Il en résulte donc, à mon avis, que la Constitution a nettement, catégoriquement mais implicitement, abrogé tous les textes qui avaient opéré des limitations de compétence (…) ; [sur ce point] il y a incompatibilité radicale et absolue. »[346] (on souligne)

L'abrogation implicite de la loi du 3 juin 1958 ne priverait-t-elle pas, cependant, le Gouvernement d'une partie de ses pouvoirs spéciaux pour la période transitoire ? Pour Roland Maspétiol, la question n'a pas d'intérêt pratique : *« ce que [le Gouvernement] ne peut pas prendre au titre de l'article 37, il peut le prendre au titre de l'article 92. Il est armé pour agir. »*[347] L'Assemblée générale constate donc explicitement, dans une note adoptée le 9 octobre 1958[348], l'abrogation implicite des lois du 17 août 1948 et du 3 juin 1958, solution que consacrera bien plus tard la Section du contentieux[349]. Elle est immédiatement entérinée par une circulaire du même jour adressée, par le président du conseil, à l'ensemble des ministres[350]. Le 18 décembre 1958, l'Assemblée générale constate, cette fois, l'abrogation implicite des dispositions toujours applicables de la loi du 23 juin 1956 dite « loi-cadre Defferre » (titre II) relatives au Cameroun et au Togo[351].

1141. La loi du 16 mars 1956 relative aux pleins-pouvoirs en Algérie est quant à elle maintenue en vigueur. La question de son incompatibilité n'eût, cependant, pas manqué de se poser si le législateur n'avait pas – par une ordonnance du 7 octobre 1958[352] édictée sur le

---

[346] *ibid.,* p.47

[347] *ibid.,* p.46

[348] CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances », n°275400 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/525, Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26) **(*cf.* Annexe n°30)**

[349] CE, Sect., 20 mai 1966, *Sieur Meunier,* Rec. p.343 (sol. impl.) ; CE, 10 mai 1972, *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes,* Rec. p.350 ; v. TREMEAU, J., « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *art. cit.,* p.293 ; TREMEAU, J., « Le droit applicable aux décrets antérieurs à la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.792 et s.

[350] Circulaire du général de Gaulle, président du Conseil des ministres, du 9 octobre 1958 relative à l'application des articles 34, 37 et 92 de la Constitution, n°8333/SG, reproduite *in : Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* spéc. p.64-65

[351] CE, Assemblée générale, 18 décembre 1958, n°276076, « Projet de décret portant statut général du Togo », Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/539 : *« Depuis l'intervention de la Constitution de 1958 l'on peut considérer que les dispositions de la loi-cadre du 23 juin 1956 sont dépassées et ne peuvent plus servir de support à une action du pouvoir exécutif en la matière. 2) Certaines dispositions du statut [du Togo] ont effet sur l'état et la capacité des personnes, matières réservées à la loi par l'article 34 de la Constitution. »*

[352] Ordonnance n°58-915 du 7 octobre 1958 abrogeant l'article 6 de la loi n°56-258 du 16 mars 1956. Cette abrogation expresse de l'article 6 emporte, implicitement mais nécessairement, prorogation des autres articles.

fondement de l'article 92 de la Constitution – prorogé implicitement la majorité de ses dispositions. Le Conseil d'Etat en neutralise cependant l'essentiel des effets :

> « le nouveau pouvoir réglementaire, relève Roland Maspétiol, recouvre une partie notable des pouvoirs conférés en Algérie par les articles 1er et 4 de la loi du 16 mars 1956 (…). Pour toutes ces matières, semble-t-il, il n'est plus nécessaire de recourir aux pouvoirs exceptionnels de la loi du 16 mars 1956 (…). » A ses yeux, « il paraît indispensable de faire une discrimination des pouvoirs spéciaux demeurant en vigueur pour partie, mais ils ne seraient utilisés dans l'avenir que dans la mesure où il n'est pas possible d'obtenir le même résultat par la voie normale de l'article 37 »[353].

Qu'est-ce donc sinon le constat d'une abrogation implicite ?

1142. Ces propos permettent de nuancer l'idée – souvent avancée[354] – selon laquelle le Conseil d'Etat aurait fait survivre *par principe* les lois d'habilitations antérieures à 1958. Leur survivance n'est en rien une position de principe, mais le résultat de leur absence d'incompatibilité manifeste (au prix, souvent d'une interprétation conforme) avec la nouvelle Constitution, qui – par le jeu des articles 34, 37, 38 et 41 – se révèle elle-même très favorable aux prérogatives de l'Exécutif (*cf. infra*, n°1158 s.). Tel est le cas des habilitations antérieures dont le champ n'excède pas celui du nouvel article 37 ou couvert par le nouvel article 38. L'avènement de la coordination des domaines n'est donc pas sans conséquence sur le sort des lois d'habilitation antérieures. D'application immédiate, elle structure également la production des normes infraconstitutionnelles de *« l'ordre juridique relais »* (E. Cartier).

b) La formalisation de « l'ordre juridique relais »

1143. *« L'ordre juridique relais »* a pour fonction, écrit Emmanuel Cartier, *« de définir un cadre normatif provisoire destiné à assurer, dans l'attente de l'adoption d'une Constitution définitive, la continuité de l'activité juridique de l'Etat (…) »*[355]. En 1958, il est l'objet d'une structuration complexe opérée – pour la période qui précède le 4 octobre 1958 – par la combinaison des dispositions de la Constitution du 27 octobre 1946 et des deux lois de « pleins-pouvoirs » du 3 juin 1958 (pour la Métropole et l'Algérie), et – pour la période qui court du 5 octobre 1958 au 4 février 1959 – par le titre XV de la Constitution de la Ve République, maintenant provisoirement en vigueur certaines dispositions de la Constitution de

---

[353] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.42)

[354] v., par exemple, FAVOREU, L., « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif », *art. cit.,* p.245 ; TREMEAU, J., « Le droit applicable aux décrets antérieurs à la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.289

[355] CARTIER, E., « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *art. cit.,* p.523 ; v. aussi, CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945), op. cit.,* p.542 et s.

la IVe République[356]. Cette structure complexe de l'ordre juridique relais n'est pas sans conséquence sur la formalisation des normes infraconstitutionnelles édictées entre le 4 juin 1958 et le 4 février 1959[357]. D'un certain point de vue, le degré de contrainte imposée à l'exercice du pouvoir réglementaire par la loi du 3 juin 1958 relative aux « pleins-pouvoirs », combinée au droit constitutionnel de la IVe République, est bien supérieur à celui imposé par l'article 92 de la nouvelle Constitution à l'exercice de la législation par ordonnances. La séance d'Assemblée générale du 30 juillet 1958 en témoigne (*cf. supra*, n°1136). La reconnaissance de l'entrée en vigueur immédiate – qui *a priori* n'avait rien d'évidente – des articles 34, 37, 38 et 41 permet de pallier ce défaut, en assurant une *« différenciation formelle »*[358] (E. Cartier) des actes entre le 5 octobre 1958 et le 4 février 1959.

1144. Fallait-il interpréter l'article 92 de la Constitution du 4 octobre 1958 au regard de ses articles 34, 37, 38 et 41 ? Autrement dit, fallait-il superposer le champ de l'article 92 à celui de l'article 34 ? Dans le silence des textes, la question méritait d'être posée. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat y répond immédiatement par l'affirmative. Là encore, la réponse avait été anticipée par René Cassin dès le mois d'août, à l'occasion de l'écriture du projet d'article 92[359]. Elle est, pour lui, d'une importance capitale : *« pour ma part,* déclare-t-il le 2 octobre, *je souhaiterais ardemment que* <u>*nous donnions le bon pli à la nouvelle République*</u> *et que nous ne donnions pas au futur Parlement le mauvais exemple de tout confondre. (...) Je crois que nous devons nous astreindre à cette discipline. »*[360] (on souligne) Autant, sinon davantage, que la sécurité juridique des justiciables, ce sont les nécessités gouvernementales qui semblent donc justifier, au premier chef, les exigences de formalisation de l'ordre

---

[356] Particulièrement celles des titres V et VI de la Constitution du 27 octobre 1946, relatifs au président de la République et au conseil des ministres. La question n'est pas sans conséquence sur le régime juridique des ordonnances (de l'article 92 de la nouvelle Constitution), dont le signataire demeure jusqu'au 8 janvier 1959 (date d'entrée en fonction du nouveau Président de la République), le président du conseil en fonction. La suspension provisoire de l'article 13 de la Constitution du 4 octobre 1958 a donc pour effet de faire survivre les dispositions de l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, aux termes duquel : *« Le président du conseil des ministres assure l'exécution des lois. ».* Confirmée au contentieux par l'arrêt *Daunizeau* du 27 janvier 1961, cette solution est dégagée par l'Assemblée générale dès 1958, laquelle corrige de façon systématique la forme des projets d'ordonnances en ce sens. V. par exemple, CE, Assemblée générale, 27 novembre 1958, « Projet d'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature », n°275766 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/533

[357] Sur cette question, v. CARTIER, E., « Les petites Constitutions… », *art. cit.,* p.523-529 ; v. aussi, CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *art. cit.*

[358] CARTIER, E., « Les petites Constitutions… », *art. cit.,* p.514

[359] *« Il appartiendra au Conseil d'Etat, saisi de projets d'ordonnance, de donner le caractère réglementaire à tout ce qui n'a pas un caractère législatif. »* (Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 26 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.229)

[360] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 2 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.39). Il observait, dans le même sens, au mois d'août : *« **Il ne faudrait pas que le mauvais exemple soit donné au Parlement d'utiliser les instruments législatifs là où le règlement suffit** ».* (on souligne en gras) (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.437)

juridique provisoire. Roland Maspétiol le confirme dans son rapport du 9 octobre 1958 : l'article 92 n'ayant pas pour effet de porter atteinte aux dispositions de l'article 37 de la Constitution, la coordination des domaines est d'application immédiate ; *« il faut [donc] veiller au respect de cette discrimination en vue d'éviter de jeter le désordre entre le champ respectif des deux domaines. Très rapidement on rendrait inacceptables beaucoup de textes et on créerait une confusion considérable. »*[361] Le champ de l'article 92 est donc celui de l'article 34. La solution n'est nullement controversée. L'Assemblée générale en adopte le principe, dans sa séance du 9 octobre, avant que le président du conseil ne la consacre, le soir même, dans une circulaire adressée à l'ensemble des ministres[362].

1145. Dans les mois suivants, l'Assemblée générale, et la Commission permanente, du Conseil d'Etat s'attèlent donc à disjoindre systématiquement les dispositions réglementaires des projets d'ordonnances qui lui sont présentés. Cet office n'est absolument pas nouveau pour le Conseil d'Etat (*cf. supra,* n°996) mais il s'exerce désormais sur un fondement constitutionnel certain. Ainsi, par exemple, le 18 décembre 1958, l'Assemblée générale considère-t-elle qu'il *« appartient d'après la Constitution au seul pouvoir réglementaire de fixer le nombre, les appellations et les fonctions des ministres »* et disjoint-elle, en conséquence, des dispositions relatives à la répartition des ressources et moyens entre ministères[363]. Les exemples sont extrêmement nombreux[364]. Ils révèlent que – pour quelques mois encore – le Conseil d'Etat demeure le seul « régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics »

---

[361] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.43)

[362] Circulaire du général de Gaulle, président du Conseil des ministres, du 9 octobre 1958 relative à l'application des articles 34, 37 et 92 de la Constitution, n°8333/SG, reproduite *in : Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* spéc. p.64-65 : *« la promulgation de la Constitution entraîne la mise en vigueur immédiate des dispositions de l'article 34 (...) ; 2° les ordonnances prises en vertu de l'article 92 ne devront être utilisées que lorsqu'elles porteront sur des matières réputées législatives en application de l'articles 34. (...) 3° En toutes autres matières, conformément aux règles de l'article 37, les dispositions nécessaires seront prises en Conseil d'Etat lorsqu'elles modifient des textes législatifs actuellement en vigueur. »*

[363] CE, Assemblée générale, 18 décembre 1958, « Projets d'ordonnances portant l'un sur l'organisation générale de la défense et le second sur la durée du service militaire », n°275915 et 275917 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/536

[364] v., par exemple, *« Le Conseil d'Etat a estimé que l'ensemble du projet ne pouvait être pris que par application de l'article 92 de la Constitution. De ce fait, l'ordonnance ne peut traiter que les matières énumérées à l'article 34, ce qui entraîne la disjonction des dispositions qui ont désormais un caractère réglementaire en vertu de l'article 37 ».* (CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet d'ordonnance relative au stockage souterrain de gaz », n°275102 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/520 ; Compte-rendu des débats conservés sous la cote 19990026/26) ; v. encore, CE, Assemblée générale, 6 novembre 1958, « Projet d'ordonnance relative à la recherche, à l'exploitation, au transport par canalisations et au régime fiscal des hydrocarbures dans les zones de l'organisation commune des régions sahariennes », n°275542 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/528

1146. Si elles doivent être relativisées, les innovations qu'apportent les articles 34 et 37 de la Constitution de 1958 ne sont donc pas minimes. La substitution d'un système d'habilitations à un autre se traduit par une simplification considérable de l'exercice du pouvoir réglementaire, tout en formalisant de façon pérenne la production des lois et règlements futurs. Cependant, les transformations qu'elle engendre quant au mode de production des normes infraconstitutionnelles est de nature à affecter, pour l'avenir, la validité *dynamique* des lois antérieures. Cette question pose d'inextricables difficultés.

2) Le sort incertain des lois matériellement réglementaires

1147. Une norme tire sa validité, non seulement de sa conformité au *contenu* d'une norme supérieure (validité statique), mais surtout de sa conformité *aux conditions de production* fixées par l'ordre juridique pour la création du droit (validité dynamique). Une norme acquiert ainsi la signification *objective* de norme – donc existe – si elle est produite conformément à tous les composants d'une *habilitation,* particulièrement à son champ[365]. La Constitution, parce qu'elle règle la création du droit infraconstitutionnel – c'est-à-dire fixe un système d'habilitations – détermine ainsi les conditions *d'appartenance* des normes au système juridique, donc leur validité[366]. Un changement de Constitution, lorsqu'il substitue un système d'habilitations à un autre (comme en 1958), modifie donc les conditions d'appartenance des normes au système juridique, lesquelles ne peuvent conserver leur validité *pour l'avenir* qu'à condition de correspondre (c'est-à-dire d'être au moins compatibles) aux nouvelles règles imposées pour l'élaboration du droit, donc aux nouvelles habilitations. L'entrée en vigueur d'une nouvelle Constitution est donc, par principe, susceptible d'affecter pour l'avenir la *validité* des normes infraconstitutionnelles antérieures[367]. Qu'en est-il des lois matériellement réglementaires antérieures à 1958 ? Anticipant des difficultés inextricables, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat tranche la question – dès le 9 octobre 1958 – en retenant le principe de leur abrogation implicite, non pas systématique, mais *conditionnée* (a). Cette solution ne suffit pas à régler le problème que pose la codification législative (b).

[365] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.307
[366] *cf. supra,* n°1139, note n°340
[367] En ce sens, v. FERRARI, S., *art. cit.,* p.500

a) Le choix d'une abrogation implicite conditionnée

1148. A l'automne 1958, le sort des lois matériellement réglementaires antérieures à 1958 pose d'infinies difficultés théoriques et pratiques (i). Afin d'éviter leur disparition en bloc de l'ordonnancement juridique, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat fait survivre le critère formel, jusqu'à l'intervention éventuelle des actes règlementaires les modifiant (ii).

i) D'infinies difficultés théoriques et pratiques

1149. L'entrée en vigueur de la Constitution de la Ve République eût pu poser d'insurmontables difficultés théoriques et pratiques. Les lois ordinaires, valablement produites avant 1958, dans un champ désormais réservé au pouvoir réglementaire par les articles 34, 37, 38 et 41 peuvent-elles conserver leur validité sous l'empire de la nouvelle Constitution ? Contrairement à l'idée reçue, la Constitution du 4 octobre 1958 n'est pas entièrement silencieuse sur cette question. L'article 37, en disposant que *« les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire »* et que *« les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'Etat »* n'affecte-t-il pas – implicitement mais nécessairement – la validité à venir des lois matériellement réglementaires préexistantes à son entrée en vigueur ?

1150. La question ne manque pas d'alarmer l'Assemblée générale du Conseil d'Etat. Elle est soulevée par le président de la Section de l'intérieur, Georges Michel, au cours de la séance du 9 octobre 1958 :

> « que ferons-nous pour les textes législatifs d'autrefois ? Devrons-nous les considérer comme dévalués dans une large mesure en tant qu'ils porteront atteinte aux textes réglementaires ? (…) En ce qui concerne le domaine législatif actuellement existant, ce domaine subsistera-t-il tel qu'il était jusqu'à présent, quitte à être modifié selon toutes les règles prévues par la Constitution, ou bien d'ores et déjà, au moment même où nous sommes, est-il réduit ? »[368] (on souligne)

Le vice-président Cassin partage ces inquiétudes[369]. En vérité, la question revient à se demander si l'article 37, alinéa 1er, n'entend pas procéder à une « délégalisation » générale (ou « en bloc ») et inconditionnelle, au jour de son entrée en vigueur, de toutes les lois matériellement réglementaires préexistantes, incompatibles avec lui ?

---

[368] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.49 et p.53)

[369] « *Dans l'article 37, l'alinéa 2, n'est pas seul. On ne se borne pas à dire que les textes de forme législative pourront être modifiés par décret. On commence à déclarer en principe que les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Alors, on peut se demander si cet alinéa 1er n'a pas une force beaucoup plus grande que n'a eu la rédaction de la loi du 17 août [1948] »*, dont la force abrogatoire était conditionnée à l'intervention des décrets modifiant les lois antérieures. (*ibid.,* p.54)

1151. Cette solution eût posé d'importants problèmes théoriques. Comment la Constitution pourrait-elle « délégaliser » une loi, sinon par sa force abrogatoire[370] ? Mais, alors, comment, expliquer qu'une loi ainsi implicitement abrogée puisse conserver sa validité et continuer à produire des effets *à valeur réglementaire*, en dehors de toute intervention du pouvoir réglementaire se réappropriant la matière ? La thèse de la « délégalisation » – donc de l'abrogation implicite – générale et inconditionnelle de toutes les lois matériellement réglementaires aboutit donc à une impasse théorique.

1152. L'hypothèse pose surtout d'inextricables problèmes pratiques à l'Assemblée générale. *« La grosse question »* [371] (R. Cassin) concerne la contestabilité contentieuse des lois matériellement réglementaires. S'agissant des lois antérieures, pourra-t-on exciper de leur illégalité ? Le juge administratif pourra-t-il apprécier leur validité, et les écarter le cas échéant de la résolution du litige ? S'agissant des lois futures, si d'aventure le Parlement votait des dispositions matériellement réglementaires, devra-t-on admettre la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à leur encontre, et les annuler le cas échéant ?[372] Une autre question – qui concerne, au premier chef, le travail des sections administratives – est celle des conséquences de l'entrée en vigueur des articles 34, 37, 38 et 41 sur la codification (*cf. infra,* n°1155) : *« nous nous trouvons,* déclare le président Georges Michel, *en présence de textes qui, actuellement, figurent dans nos codes et qui ont un caractère législatif ; tant que ces textes n'ont pas été modifiés, estimez-vous qu'ils conservent ce caractère législatif ? (…) Doivent-ils d'ores et déjà être modifiés ? »*[373] Ces considérations éminemment pratiques sont de nature à bouleverser l'état du droit applicable et alourdir considérablement le travail du Conseil d'Etat. Pour les surmonter, l'Assemblée générale se positionne en faveur du maintien du critère formel, jusqu'à modification éventuelle desdites dispositions législatives par les règlements à intervenir en vertu de l'article 37, alinéa 2.

ii) La survivance du critère formel

1153. Ces difficultés permettent d'expliquer pourquoi, dès le 9 octobre 1958, l'Assemblée générale rejette la thèse d'une abrogation implicite, générale et inconditionnelle, des lois

[370] TREMEAU, J., « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *art. cit.,* p.252

[371] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958, *op. cit.,* p.54

[372] v. les propos de René Cassin : *« Vous pouvez supposer que le Parlement a voté une loi dans laquelle il y a certaines matières qui ressortent de sa compétence et d'autres qui ont un caractère réglementaire. Une personne lésée par une des dispositions de la deuxième catégorie pourra-t-elle faire un pourvoi devant le contentieux, en disant que la force n'a aucun intérêt, que c'est une disposition matériellement réglementaire et demandant au Conseil d'Etat de l'annuler ? »* (*ibid.*)

[373] *ibid.,* p.55 et p.53

matériellement réglementaires antérieures à la nouvelle Constitution. Cette position revient à faire *survivre le critère formel* dans la différenciation des actes – fussent-ils matériellement réglementaires –, avec toutes les conséquences qui en découlent quant à la force conditionnante des lois (*cf. infra,* n°1193 s.). La solution est proposée par Roland Maspétiol : *« il n'est pas douteux que les lois anciennes, réglant des matières réglementaires, demeurent des lois aux point de vue formel »*[374]*,* insusceptibles de contestabilité contentieuse. Pour le commissaire du Gouvernement Raymond Janot, *« il est bien évident que tant que la loi n'a pas été formellement modifiée par un décret, c'est toujours une loi ; mais matériellement, son contenu, dès maintenant, est un contenu réglementaire »* [375]. *« Puisque,* ajoute Pierre Chasserat, *l'alinéa 2 [de l'article 37] prévoit que les lois pourront être modifiées par décret en Conseil d'Etat, c'est bien qu'on a prévu qu'à ce moment-là le texte de la loi sera replacé dans le domaine réglementaire. »*[376] En définitive, souligne Roger Latournerie, *« du point de vue matériel, le changement a dû s'opérer immédiatement. Mais* <u>*ce changement de nature ne serait pas concomitamment combiné avec un changement formel, parce que ce qui était devenu réglementaire matériellement reste législatif formellement*</u>*. »*[377] (on souligne) Seule la mise en œuvre de l'alinéa 2 de l'article 37 emporte l'abrogation de la loi matériellement réglementaire antérieure au 4 octobre 1958 – *« à partir du moment où, faisant application de sa compétence, le Gouvernement aura modifié des matières par un règlement, cela deviendra réglementaire. »*[378] – tant qu'une telle procédure n'est pas intervenue, la loi formelle reste une loi formelle, qu'elle que soit son champ d'application. *« Demain, à la section sociale, nous serons [donc] tenus,* conclut Roger Latournerie, *d'appliquer le code du travail tel qu'il est, le code de la sécurité sociale tel qu'il est, avec sa nature législative et toutes les conséquences qu'elle comporte. »*[379] Dès le 9 octobre 1958, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat choisit – nonobstant l'entrée en vigueur de la Constitution – de continuer d'adosser le régime contentieux des lois matériellement réglementaires à des considérations organico-formelles.

1154. Cependant, comment expliquer, en théorie, qu'une loi *« potentiellement affaiblie pour l'avenir »*[380] (R. Cassin) demeure néanmoins une loi, et conserve sa force conditionnante pour le présent ? L'explication n'est pas différente de celle précédemment avancée pour

---

[374] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.44)
[375] *ibid.,* p.53
[376] *ibid.,* p.54
[377] *ibid.,* p.55
[378] Propos d'Alain Barjot, *ibid.*
[379] *ibid.*
[380] *ibid.,* p.54

rendre compte du procédé des décrets-lois (*cf. supra,* n°653 s.). Seulement, il faut la combiner avec la théorie de l'abrogation implicite. Elle peut être formulée de la façon suivante : l'article 37, alinéa 1er, *abroge implicitement* les lois matériellement réglementaires antérieures au 4 octobre 1958 mais *conditionne,* à l'alinéa 2, cette abrogation à l'intervention d'un acte réglementaire la modifiant. La loi formelle demeure une loi formelle jusqu'à l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat, par lequel le Premier ministre, titulaire du pouvoir réglementaire, se borne à constater *en Conseil d'Etat* son abrogation implicite par la Constitution. Cette théorie permet d'expliquer pourquoi l'intervention du Conseil constitutionnel n'est pas indispensable au stade de la modification des lois matériellement réglementaires antérieures au 4 octobre 1958 : il s'agit d'un simple constat de l'abrogation implicite, comme n'avait pas manqué de le remarquer Roger Latournerie dès l'examen du projet d'article 37 en Commission constitutionnelle (*cf. supra*, n°1126, note n°312). Mais, loin d'être générale et inconditionnelle, l'abrogation implicite résultant de l'entrée en vigueur de l'article 37 est *spéciale* (elle affecte la validité des lois au cas par cas) et *conditionnelle* (elle n'intervient qu'au stade de leur modification).

b) Quel sort pour les codes en vigueur ?

1155. La survivance du critère formel, utile au maintien en vigueur des lois matériellement réglementaires antérieures à la nouvelle Constitution, ne suffit pas à régler la question de la codification[381]. Les *« répercussions juridiques »*[382] (R. Latournerie) de l'entrée en vigueur des article 34, 37, 38 et 41 sur le travail de codification seront effectivement énormes. *« On ne peut travailler,* souligne Roland Maspétiol, *que dans le cadre du droit actuel ; il paraît [donc] souhaitable que les nouvelles codifications tiennent compte de la nouvelle répartition des compétences dans la mesure du possible et qu'une révision des anciennes codifications soit envisagée »*[383]. A ses yeux, *« c'est un travail immense, mais on ne pourra pas y échapper »*[384]. Sauf à devenir rapidement inutilisables et en décalage complet avec l'état du droit constitutionnel désormais applicable, les 24 codes législatifs en vigueur en 1958 doivent donc être entièrement refondus. Comme le souligne un administrateur civil en 1963 : *« tout le travail précédemment accompli* [nda : depuis les travaux de codification lancés par Robert

[381] « Rapport de M. Maspétiol du 9 octobre 1958 sur la nouvelle répartition du domaine de la loi et du règlement », reproduit *in : Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* spéc. p.63

[382] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 2 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.40

[383] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*ibid.,* p.44)

[384] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 2 octobre 1958 (*ibid.,* p.40)

Schuman en 1948] *était donc à réviser entièrement, puisque la base même en était modifiée par la Constitution »*[385]. La doctrine – particulièrement la doctrine privatiste – y voit une raison supplémentaire de détester la nouvelle Constitution. Pour Paul Durand, la *« décodification »*[386] de l'œuvre napoléonienne est engagée : *« on imagine quel saccage de nos Codes peut résulter [de la nouvelle coordination des domaines] »* ; *« C'est de leur substance même que se vident ainsi nos Codes. Qu'adviendra-t-il à ce train du Code civil, et plus encore du Code de commerce, à peu près exclusivement consacré au droit des obligations commerciales ? »* [387]. Sur ce terrain, pourtant, la « révolution », bien qu'appréhendée, n'aura pas davantage lieu. Aux côtés des cinq codes exclusivement réglementaires préexistants, maintenus en vigueur en 1958, apparaissent peu à peu des « Parties réglementaires » dans les anciens codes exclusivement législatifs[388]. Le « saccage » est donc évité. Il le sera aussi grâce à l'interprétation compréhensive des domaines de la loi et du règlement, laquelle constitue un aménagement immédiatement nécessaire à l'entrée en vigueur des articles 34, 37, 38 et 41.

B- DES AMENAGEMENTS NECESSAIRES

1156. Immédiatement perçues, les conséquences « coupantes »[389] de l'entrée en vigueur de la coordination matérielle des domaines sur les normes infraconstitutionnelles – et plus largement, sur l'exercice du pouvoir réglementaire – conduisent le Conseil d'Etat à en *aménager* (c'est-à-dire à en adapter, voire en corriger) les effets. L'interprétation compréhensive des domaines (1) et la formalisation des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire autonome (2), permettent d'amoindrir les conséquences de la conception purement matérielle des rapports entre loi et règlement.

---

[385] MOUGNIOT, R., « La Constitution de 1958 et la codification des textes législatifs et réglementaires », *Revue administrative,* mars-avril 1963, p.195-198, spéc. p.195

[386] DURAND, P., « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *JCP,* 1er janvier 1959, chrn. 1470, p.6

[387] *Ibid.*

[388] v., par exemple, décret n°62-275 du 12 mars 1962 portant codification des textes réglementaires concernant le service des postes et télécommunications (J.O.R.F. du 14 mars, p.2625) : article 1er : « Il est institué une troisième partie du code des postes et télécommunications (décrets) » ; v. encore, décret n°62-299 du 14 mars 1962 portant codification et modification des textes réglementaires applicables au domaine de l'Etat (J.O.R.F. du 18 mars, p.2912).

[389] L'expression est de René Cassin (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1*, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, op. cit.,* spéc. p.51)

1) L'interprétation compréhensive des domaines

1157. La délimitation *ne varietur* des domaines législatif et réglementaire apparaît bien vite contraignante, sinon inadaptée, à certaines nécessités politiques (a) et administratives (b)[390]. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat perçoit très tôt ces difficultés et interprète les articles 34 et 37 avec *compréhension* (c'est-à-dire opportunément), conformément aux finalités à atteindre[391]. Ce faisant, elle atténue la rigueur de l'intangibilité des domaines.

a) Une exigence politique : l'interprétation stricte du domaine de la loi

1158. L'interprétation compréhensive des domaines est d'abord le résultat d'une exigence politique : amoindrir le domaine de la loi. Cette « règle d'or » fixée par le Gouvernement (i) conduit l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à bâtir la théorie de l'interprétation « en l'état de la législation antérieure (ii).

i) Une « règle d'or » fixée par le Gouvernement

1159. La rigueur de *la lettre* de l'article 34 ne doit pas avoir pour effet d'amoindrir *l'esprit* du nouveau dispositif. Cette exigence est très clairement affirmée par Raymond Janot, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 9 octobre 1958, en réponse à ceux de ses membres[392] souhaitant inclure les principes généraux du droit dans le champ de l'article 34 :

> « Je crois qu'il y a, en ce qui concerne l'article 34, une espèce de règle d'or d'interprétation. La Constitution a entendu très sérieusement resserrer véritablement le domaine législatif et étendre considérablement le domaine réglementaire. (…) Il est certain que la règle, – c'est la règle d'or *a priori* qu'il faut s'efforcer de respecter –, c'est que l'on n'arrive pas, par une série de raisonnements, qui peuvent être extrêmement intéressants et par une dialectique qui aurait sans doute valeur intellectuelle, à aboutir en fait et rapidement à des conséquences qui seraient l'inverse de ce qu'a voulu le peuple français en adoptant la Constitution.

---

[390] En témoignent les propos de Roger Latournerie : *« plus nous avons à faire l'application de ces articles 34 et 37, plus nous arrivons à la conviction que, tout en les respectant, non pas seulement dans la lettre mais dans l'esprit, il faut envisager certaines nécessités administratives et l'équilibre des pouvoirs. »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 novembre 1958, à l'occasion de l'examen du « Projet d'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances » (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.592)

[391] Il s'agit donc d'une forme « d'interprétation fonctionnelle ». Sur ce concept, v. TROPER, M., « Interprétation », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.844

[392] Par exemple, Roger Latournerie : *« J'aurais aimé, si le temps m'en était laissé, indiquer les raisons qui peuvent militer en faveur de l'entrée en compte des principes généraux du droit dans le secteur législatif. »* (v. compte-rendu des débats sous CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances », n°275400 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990026/26, spéc. p.a1

> Il n'est pas douteux qu'il faut s'efforcer de rester fidèle à cette Constitution, de réduire l'application de l'article 34 (…)
>
> Très franchement, messieurs, si on admet que les principes généraux du droit doivent être regardés comme étant fondamentalement du domaine de la loi, eh bien je ne donne pas cher des dispositions du titre V. Car, je ne peux pas manquer de faire confiance à la subtilité de l'esprit contentieux, pour me rendre compte que dans un délai extrêmement rapide, l'article 34 sera réduit en charpie. (…) Ce qui est certain, c'est que dans la mesure où cette logique vous conduirait à aboutir à faire mourir l'article 34, qui est considéré par le Gouvernement comme une des pièces essentielles de la Constitution, on aboutirait à un excès de subtilité, à une attitude absolument anticonstitutionnelle, contraire à l'esprit de la Constitution même. (…) Si on arrive à faire tomber une partie de l'article 34, à ce moment-là, on affaiblit le prestige de la Constitution et cela, dans l'esprit du Gouvernement, il faut l'éviter à tout prix. »[393] (on souligne)

1160. Les propos de Raymond Janot sont forts, et convaincants. Ils emportent, dans une certaine mesure, l'adhésion de l'Assemblée générale. Quelques semaines plus tard, à l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances, elle admet – non sans difficulté[394] – le caractère *réglementaire* des taxes parafiscales, au prix d'une interprétation stricte (voire restrictive) du domaine de la loi.

ii) Une conséquence : l'interprétation au regard de « l'état de la législation antérieure »

1161. La jurisprudence sur « l'état de la législation antérieure » est souvent présentée comme ayant fait son apparition dans la décision n°59-1 FNR du 27 novembre 1959, par laquelle le Conseil constitutionnel considère – ici dans une formulation de 1964 – que les matières réservées à la loi par l'article 34 doit être *« appréciées dans le cadre des limitations de portée générale qui y ont été introduites par la législation antérieure à la Constitution en vue de permettre certaines interventions de la puissance publique jugées nécessaires en [ce domaine] »*[395]. La Section du contentieux du Conseil d'Etat la reprend à son compte, en 1960,

---

[393] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.56)

[394] Aubert Lefas considère qu'elles doivent être fixées par la loi elle-même. Alain Barjot, Pierre Chasserat et Roger Latournerie admettent, à la limite, qu'elles puissent l'être par un RAP. (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 novembre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.589-592)

[395] Cons. const., 27 novembre 1959, décision n°59-1 FNR [Proposition de loi déposée par MM. Bajeux et Boulanger, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)] ; Cons. const., 18 décembre 1964, décision n°64-27 DC [Loi de finances pour 1965]. Sur cette jurisprudence, v. notamment FAVOREU, L., *et al.,* (dir.), *Droit constitutionnel,* 21e éd., *op. cit.,* p.863 ; PLESSIX, B., *op. cit.,* p.720 et les exemples cités ; ALCARAZ, H., « La théorie de « l'état de la législation antérieure » et la protection des droits et libertés », *in : Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu,* Paris : Dalloz, 2007, 1783 pages, spéc. p.1453-1486 ; VILLIERS (de), M., « La

dans son arrêt *Martial de Laboulaye*[396]. Cette jurisprudence fixe la règle d'interprétation suivante : l'article 34 n'a pu avoir pour effet d'élargir le champ des matières réservées à la loi, tel qu'il existait en vertu des lois et de la jurisprudence antérieures à 1958. Elle n'est rien d'autre que la formulation contentieuse de la « règle d'or » fixée par Raymond Janot (*cf. supra*, n°1159). L'article 34 doit être interprété comme ayant *restreint* le domaine de la loi. Il en résulte que sont maintenues en vigueur les habilitations qui – bien qu'antérieures à 1958 – autorisent l'Exécutif à réguler des matières désormais réservées à la loi par l'article 34[397]. En dépit des apparences, cette jurisprudence n'est pas une innovation du Conseil constitutionnel. Elle est dégagée, dès le 1er décembre 1958, par la Commission permanente du Conseil d'Etat – *« ledit article 34 n'a pu avoir pour conséquence de restreindre, même pour l'avenir, les pouvoirs du Gouvernement, surtout en une matière qui comporte pour celui-ci la nécessité d'agir d'urgence à tout moment. »*[398] – et lui permet de faire survivre des dispositions du code des douanes de 1926 habilitant le Gouvernement à abaisser, relever ou suspendre divers tarifs douaniers. Elle est donc une technique d'interprétation conforme qui, tout en assurant un *continuum* entre les IIIe et Ve Républiques[399], porte un aménagement considérable à l'effet « coupant » (R. Cassin) de la coordination des domaines législatif et réglementaire.

1162. Elle n'est néanmoins pas absolue. Dans le silence de la Constitution – et lorsque cela n'équivaut pas à restreindre les pouvoirs antérieurement détenus par le Gouvernement – l'Assemblée générale du Conseil d'Etat n'hésite pas à interpréter l'article 34 extensivement. Ainsi, par exemple, le 29 octobre 1958, à l'occasion de l'examen du projet d'ordonnance relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, le rapporteur Pierre Chasserat considère devant elle que :

> « malgré la limitation apportée à ses pouvoirs, le Parlement reste une pièce essentielle de notre Constitution et l'on comprendrait mal qu'une loi organique fixât le fonctionnement du Conseil constitutionnel ou du Conseil supérieur de la magistrature alors qu'un simple décret déterminerait le fonctionnement des assemblées parlementaires. (…) Votre commission vous propose donc d'admettre que, bien qu'ils ne l'aient pas prévu expressément dans l'article 34, les auteurs de la Constitution ont entendu, eu égard à l'importance du Parlement dans nos institutions, eu égard à une tradition constante, enfin eu égard aux garanties

---

jurisprudence de l'état de la législation antérieure », *AJDA,* 1980, p.387 ; MONTECLERC (de), M.-C., « Le Conseil d'Etat précise la théorie de l'état de la législation antérieure », *Dalloz actualité,* 4 décembre 2008

[396] CE, Sect., 28 octobre 1960, *Sieur de Laboulaye,* Rec. p.570, *Dr. soc.* 1961, p. 141, concl. Heumann

[397] v., en ce sens, TREMEAU, J., « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *art. cit.,* p.303 et s.

[398] CE, Commission permanente, 1er décembre 1958, D.2209-2210.CP, « Projet d'ordonnance portant suspension provisoire de la perception du droit de douane d'importation sur les foies de poissons salés et en saumure » et « Projet d'ordonnance portant réduction provisoire du taux des droits de douane d'importation applicables à certaines matières colorantes », n°276150 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/541

[399] v., FERRARI, S., *art. cit.,* p.515 et s.

> accordées aux individus pour l'exercice de leurs droits et libertés, le fonctionnement du Parlement soit fixé par la loi. »[400]

L'état de la législation antérieure (rappelé ici par la référence à la « tradition constante ») ne joue donc pas à sens unique. A condition de ne pas dessaisir le Gouvernement de ses habilitations préexistantes, l'Assemblée générale accepte d'interpréter l'article 34 à la lumière de la législation antérieure lorsqu'elle permet, non d'augmenter, mais de *maintenir* le champ de la réserve de loi.

b) Les nécessités administratives : l'atténuation de la distinction entre « règles » et « principes »

1163. D'autres considérations conduisent l'Assemblée générale à opérer une interprétation compréhensive des domaines de la loi et du règlement. Parmi elle, la nécessité de ne pas procéder à la *« dissection »*[401] (l'expression est de Jean Rivero) des textes à l'occasion de leur élaboration. Cette exigence est très tôt perçue. Le 9 octobre 1958, au cours de l'examen d'un projet d'ordonnance relative au stockage souterrain de gaz, le rapporteur René Martin s'interroge : *« le texte actuel traite-t-il vraiment des principes fondamentaux du régime de la propriété ? On pourrait en douter mais je crois que les différentes rubriques de l'article 34 doivent être interprétées dans un sens large.* [nda : comprendre « global »] *»*[402] Au cours de la discussion Roger Latournerie partage ces interrogations :

> « lorsqu'il s'agit de faire la délimitation entre le secteur législatif et réglementaire, faut-il éliminer strictement de la loi ou de l'ordonnance équivalente tout ce qui ne relève pas de l'énumération prévue par l'article 34 ; ou, <u>lorsqu'il y a une connexité extrêmement étroite</u> entre les dispositions d'essence législative et une disposition d'essence réglementaire, ne va-t-on pas, au nom d'une idée comparable à celle de l'indivisibilité, laisser dans la loi une matière qui elle-même serait réglementaire ? »[403] (on souligne)

La question de la nécessaire « indivisibilité » des textes conduit donc le Conseil d'Etat à opérer une interprétation *« homogène »*[404] de l'article 34, de façon à ne pas dépecer les projets soumis à son examen. A terme, elle aboutira à amoindrir, sinon effacer, la distinction entre les matières où la loi fixe les « règles » et celles où elle détermine les « principes ». La solution

---

[400] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 29 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.659)

[401] RIVERO, J., « Rapport de synthèse », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.269

[402] CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet d'ordonnance relative au stockage souterrain de gaz », n°275102 ; références susmentionnées, Compte-rendu, p.14

[403] *ibid.,* p.b13

[404] CHARDEAU, J., « L'application des articles 34 et 37 par le Conseil d'Etat », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.153

n'est pas nouvelle. Dès 1952, l'Assemblée générale refuse de disjoindre des dispositions des projets de loi qui, bien que relevant du champ des matières « réglementaires par nature » aux termes de la loi du 17 août 1948, s'avèrent essentielles à la compréhension et à l'application uniformes de la loi[405].

1164. Les considérations d'opportunité conduisent donc le Conseil d'Etat à opérer une interprétation compréhensive des articles 34 et 37. Tout en assurant une continuité entre les deux ordres juridiques, elle permet d'amoindrir considérablement les effets coupants de la coordination des domaines. La formalisation des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire autonome confirme cette atténuation des effets du critère matériel.

2) La formalisation nécessaire du pouvoir réglementaire autonome

> « Il y a urgence à obtenir la création d'un système où le Gouvernement prendra parti sur la hiérarchie des procédés réglementaires. »[406]
>
> René Cassin

1165. L'article 37, alinéa 1er, consacre l'existence constitutionnelle du pouvoir réglementaire autonome, mais demeure silencieux sur ses formes d'exercice (a). Cette situation ne manque pas d'inquiéter l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, qui craint d'importantes confusions dans l'usage de la législation gouvernementale. Pour y remédier, elle propose au Gouvernement l'adoption de « règles de bonne conduite » sur la base de considérations formelles (b).

a) L'article 37, alinéa 1 : une « indétermination totale » des formes d'exercice du pouvoir réglementaire autonome

1166. Jusqu'en 1958, les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire sont principalement déterminées par les habilitations législatives qui en fixent, non seulement le *champ*, mais les *formes.* (*cf. supra*, n°648 s., n°731 s.) En créant une « réserve réglementaire », la Constitution du 4 octobre 1958 émancipe le pouvoir réglementaire de ce

---

[405] CE, Assemblée générale, 20 novembre 1952, « Projet de loi portant réforme et codification de la législation d'assistance », n°259663 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/269 : *« Si, dans l'ensemble des chapitres, quelques articles peuvent être disjoints pour constituer un décret pris en exécution de la loi du 17 août 1948, la rédaction de celui-ci et celle de la loi aboutiraient à des textes distincts, chacun d'entre eux incomplet, difficiles à comprendre et à appliquer. »*

[406] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.119)

double conditionnement législatif : son champ et ses formes sont désormais déterminés au niveau constitutionnel. Or, l'article 37, alinéa 1er, de la Constitution est silencieux sur les formes du nouveau pouvoir réglementaire autonome. Pis, l'habilitation qu'il pose autorise sans doute l'Exécutif à modifier par décret simple des dispositions édictées, avant 1958, par RAP ou décret en Conseil d'Etat. Quoi qu'il en soit, il n'impose désormais aucune différenciation formelle dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome. Telle est – peu ou prou – la façon dont Roger Latournerie expose le problème devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 9 octobre 1958 :

> « Dans le régime antérieur, les formes dans lesquelles s'exerçait l'autorité réglementaire, le pouvoir réglementaire, étaient incluses dans le pouvoir législatif ; elles ne sont maintenant plus incluses dans le pouvoir législatif ; elles ne peuvent donc dériver que de la Constitution elle-même. C'est dire (…) jusqu'à preuve du contraire, que l'autorité réglementaire reste complètement indéfinie dans la nature de l'autorité qu'elle exerce sous réserve des règles fondamentales de l'autorité ministérielle, mais sous cette réserve, je considère que nous nous trouvons dans une indétermination totale (…) »[407] (on souligne)

Car effectivement, sous réserve de l'hypothèse de l'article 37, alinéa 2, la Constitution est entièrement silencieuse sur la question des formes, non seulement du pouvoir réglementaire autonome, mais du pouvoir réglementaire complémentaire des lois et des règlements autonomes. *« Sous quelle forme prendre désormais les textes réglementaires d'application des décrets de l'article 37 ?»*[408] s'interroge Roland Maspétiol. Dans le silence de la Constitution, la forme ordinaire d'exercice du pouvoir réglementaire autonome de l'article 37, alinéa 1er – perçu à l'époque comme un véritable pouvoir législatif parallèle – sera-t-elle le décret simple ? Un décret simple pourra-t-il alors renvoyer à un décret en Conseil d'Etat, voire un à RAP, le soin de déterminer ses modalités d'application ? Un décret simple pourra-t-il modifier un décret en Conseil d'Etat, délibéré en Conseil des ministres, édicté sur le fondement de la loi du 17 août 1948, implicitement abrogée ? Un décret simple pourra-t-il abroger un RAP dont le champ relève désormais du pouvoir réglementaire autonome ? Le pouvoir réglementaire, autonome ou complémentaire, pourra-t-il s'exercer par décret en forme de RAP (c'est-à-dire délibéré par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat) ? Comment expliquer, dans cette hypothèse, qu'un règlement complémentaire soit soumis à l'Assemblée générale, alors qu'un règlement abrogeant une loi nécessite simplement, en vertu de l'article 37, alinéa 2, l'avis d'une seule section administrative ?

---

[407] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.50

[408] *ibid.,* p.43

1167. Un risque « d'anarchie, de dispersion et de gaspillage ». Ces interrogations sont loin d'être uniquement théoriques. Elles posent – avant tout – d'importants problèmes pratiques au Conseil d'Etat, particulièrement en matière de coordination de l'activité réglementaire. René Cassin souligne le *« risque d'anarchie, de dispersion et de gaspillage qui pourrait résulter de l'abandon de certaines méthodes »* [409] dans l'exercice du pouvoir réglementaire. En effet, jusqu'alors, la loi du 17 août 1948 exigeait des décrets édictés sur son fondement – dans le champ des matières dites « réglementaires par nature » – qu'ils fussent soumis à la double consultation du Conseil d'Etat et du Conseil des ministres, et contresignés par le ministre des finances. Ces formes s'imposent progressivement, sous la IVe République, comme les formes ordinaires de législation par décrets-lois et assurent, tant la coordination des travaux ministériels que la protection des finances publiques (*cf. supra,* n°731 s.). Par son silence, l'article 37, alinéa 1er, met potentiellement un terme à toutes ces garanties. Surtout, il aboutirait au net recul de la participation du Conseil d'Etat à l'exercice de la législation gouvernementale.

1168. La question inquiète dès le 9 octobre 1958. Saisie d'un projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances, la Commission de la fonction publique du Conseil d'Etat considère – ici par la voix de son rapporteur Jacques Ducoux – *« qu'il serait dangereux pour la loi de finances, également pour éviter des efforts dispersés du ministère, qu'aucune coordination n'intervienne notamment dans les problèmes de transformation d'emplois, dans tous les problèmes d'une manière générale qui sont prévus par l'article 7 de la loi du 17 août 1948 »*[410] Pour René Cassin, la question ne manquera pas de se poser à propos des statuts particuliers des fonctionnaires, dont la loi du 19 octobre 1946 (article 2) prévoit qu'ils soient fixés par des RAP. Si l'article 37 de la Constitution autorise le Gouvernement à modifier par décret simple ces statuts, *« il pourrait y avoir alors une tentation pour les administrations d'avoir désormais chacune une méthode pour régler les statuts de leurs fonctionnaires, ce qui ne paraît pas être conforme à l'intérêt de l'Etat. »*[411] En somme, on retomberait dans un *« imbroglio de solutions tout à fait détestable »*[412] (Charles Brasart) qui ne serait pas sans rappeler « [l'] incohérent fouillis » (Roger Bonnard) de la pratique des décrets-lois dans les années 1930 (*cf. supra,* n°198 s.).

---

[409] *ibid.,* p.58
[410] *ibid.,* p.48
[411] *ibid.*
[412] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.113)

1169. La véritable question est, pour l'Assemblée générale, celle de la participation du Conseil d'Etat à l'exercice du nouveau pouvoir réglementaire autonome. Interpréter l'article 37, alinéa 1er, comme excluant toute différenciation formelle du pouvoir réglementaire – donc comme raréfiant le recours au RAP ou au décret en Conseil d'Etat – passe pour inacceptable. Les propos de Marcel Fouan, en Assemblée générale du 9 octobre 1958, en témoignent :

> « Accepter une interprétation dans ce sens de l'article 37 me paraît non seulement dangereux pour l'avenir de la réglementation en France, mais manifestement contraire à l'intention des auteurs de la Constitution. Je crois qu'il faut l'interpréter autrement. Les auteurs ont voulu se référer au pouvoir réglementaire dans le sens et de la façon dont il s'exerce normalement en France depuis des années ; ce pouvoir est exercé par le Gouvernement avec le conseil du Conseil d'Etat. (…)
>
> Il est extrêmement important qu'on maintienne la tradition des décrets en Conseil d'Etat et qu'on les impose dans des cas précis. Alors, je crois qu'il faut que nous regardions l'article 37 à la lumière de cette expérience passée et de cette nécessité administrative. »[413] (on souligne)

Il est rejoint dans ses propos par le président Pierre Josse, pour qui : *« il faut bien reconnaître que le Conseil d'Etat a des résultats fructueux en matière de fonction publique et le texte même que nous avons sous les yeux* [nda : le projet de décret portant création d'emplois au ministère des finances] *le prouve. »*[414] La semaine suivante, 16 octobre, Pierre Join-Lambert va jusqu'à considérer que : « la consultation de l'Assemblée générale sera nécessaire pour les textes pris en application de ce nouveau domaine réglementaire. » En vérité, à leurs yeux, il y aurait quelque incohérence à ce que la Constitution – qui renforce le pouvoir réglementaire et consacre la participation du Conseil d'Etat à l'œuvre législative (article 39) – se traduise par un recul de ses attributions administratives. Ces considérations le conduisent à imposer sa consultation sur les projets de règlements autonomes et à maintenir l'usage des RAP (*cf. infra*, n°1182 s.).

b) Vers des « règles de bonnes conduites » dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome

1170. L'Assemblée générale cherche donc les moyens d'attirer l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'une formalisation du pouvoir réglementaire autonome, dans le champ de l'article 37, alinéa 1er. En ce domaine, en effet, aucune loi n'est censée conditionner l'exercice du pouvoir réglementaire. Pour René Cassin, c'est donc à l'Exécutif

---

[413] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.51)
[414] *ibid.,* p.57

de s'imposer à lui-même, *« des règles de bonne conduite »*[415] en la matière, c'est-à-dire des règles de différenciation formelle. *« C'est notre rôle,* ajoute-t-il, *d'avertir le Gouvernement sur les conséquences que pourrait avoir un abandon à l'anarchie de son propre pouvoir réglementaire. »*[416] L'examen des premiers projets de règlements autonomes[417] lui en donne l'occasion. Pour la Commission de la fonction publique, s'exprimant ici par la voix de son rapporteur Jacques Ducoux, il faudrait que, dans le champ du nouvel article 37, alinéa 1er, *« [tout] texte pris dans les matières énumérées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948* [nda : les matières « réglementaires par nature »] *soit délibéré en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, et surtout sur le rapport du ministre des finances, qui est le principal intéressé dans tous ces problèmes. »*[418] Dans sa note, l'Assemblée générale exige effectivement des *« garanties analogues »*[419] à celles imposées par la loi du 17 août 1948 dans l'exercice du nouveau pouvoir réglementaire autonome. Par la suite, lorsque l'occasion lui en est donnée, elle impose, aussi souvent que possible, la consultation du Conseil d'Etat sur les décrets pris sur le fondement de l'article 37[420], voire insère dans les projets d'ordonnance de l'article 92 le renvoi à des décrets en Conseil d'Etat pour en fixer les modalités d'application[421].

1171. Faut-il aller plus loin et imposer au Gouvernement l'élaboration d'un texte formalisant l'exercice du pouvoir réglementaire autonome ? Si, pour certains conseillers,

---

[415] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.58

[416] *ibid.*

[417] Le Conseil d'Etat est saisi desdits projets sur le fondement de la loi du 17 août 1948, ou de l'article 92 de la Constitution. Ce sont ses sections administratives qui – constatant l'abrogation implicite de la loi du 17 août, ou le caractère réglementaire des dispositions – transforment ces projets en décrets de l'article 37, al. 1er.

[418] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.48). Pour Raymond Janot, commissaire du Gouvernement, cette solution passe pour inacceptable : *« Très franchement, la formalité du conseil des ministres, je n'y crois absolument pas, parce que sur des textes de cette nature il serait bien étonnant que des ministres délibérassent sérieusement ; en réalité, le rôle de coordination, c'est le rôle de la présidence du Conseil. »* (*ibid.,* p.57)

[419] CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances », n°275400, susmentionné : *« [Le Conseil d'Etat] estime toutefois que* ***des garanties analogues à celles donnés par l'article 6 de la loi du 17 août 1948 devraient être rétablies*** *pour préserver les finances de l'Etat et assurer la coordination nécessaire entre les services ministériels. »* (on souligne en gras)

[420] CE, Assemblée générale, 23 octobre 1958, « Projet d'ordonnance relative à la fixation du prix d'objectif de la betterave et au recouvrement de la cotisation de résorption perçue sur le sucre », n°275533 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/528 : *« conscient des graves inconvénients que pourrait présenter pour les finances publiques un usage éventuellement abusif du pouvoir ainsi reconnu à l'autorité réglementaire, [le Conseil d'Etat] appelle l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'entourer du minimum de précautions l'exercice de ce pouvoir, en prévoyant, notamment, préalablement à la création de tout prélèvement obligatoire en matière économique, l'intervention du Conseil d'Etat »* ; v. encore, CE, Section des travaux publics, 5 décembre 1958, « Projets d'ordonnances relatives aux plans d'urbanisme », n°276028, 276029, 276030 et 276029 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/538

[421] CE, Commission permanente, 2 février 1959, D.2342.CP, « Projet d'ordonnance instituant l'Epargne-Crédit », n°276672 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/551 : modification de l'article 9 du projet.

comme Pierre Join-Lambert, la question relève d'une ordonnance de l'article 92, elle ressort au contraire, pour le commissaire du Gouvernement Raymond Janot, de la simple circulaire[422]. L'Assemblée générale s'en tient finalement à suggérer la préparation d'un règlement autonome édicté sur le fondement de l'article 37, codifiant les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire autonome[423]. On le voit, ces débats préfigurent largement ceux qui entoureront la « réforme de 1963 » qui – avant d'être une conséquence de l'arrêt *Canal* – apparaît plutôt être la conséquence de l'entrée en vigueur des articles 34 et 37 de la Constitution. Surtout, ils préfigurent la grande étude de 1979, menée par la Commission du rapport à la demande du Premier ministre, sur les formes d'exercice du pouvoir réglementaire sous la Ve République (*cf. supra,* n°874 s.).

1172. Sous la IVe République, le critère matériel avait permis de rationaliser les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire soumis à une formalisation excessive (*cf. supra,* n°866 s.). Sous la Ve République, le critère formel permet donc d'atténuer les effets d'une coordination matérielle trop rigoureuse. Mais le véritable *continuum* n'est pas là. Il est dans la persistance des principes de l'ordre juridique ancien – particulièrement celui de la « force formelle de la loi » en toutes circonstances – dans l'interprétation des dispositions constitutionnelles nouvelles.

§2. Le maintien du critère hiérarchique : la persistance des principes de l'ordre juridique ancien sur le régime des normes infraconstitutionnelles nouvelles

1173. Si la « révolution n'a pas eu lieu », c'est principalement parce que les relations entre la loi et le règlement sont demeurées *hiérarchiques.* Cette conclusion s'impose dès octobre 1958. Elle est le résultat d'une interprétation des nouveaux articles 34, 37, 38 et 41 à la lumière des principes constitutionnels anciens. Particulièrement, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat fait survivre le principe de la *« force formelle »*[424] de la loi – c'est-à-dire le principe de sa puissance conditionnante et limitative – non seulement dans le champ de

---

[422] v. respectivement, Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.116) ; et Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.57)

[423] CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances », n°275400, susmentionné : *« [Le Conseil d'Etat] suggère que le Gouvernement prépare en application de l'article 37 de la Constitution un décret exigeant que les textes pris dans les matières énumérées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948 soient adoptés, après avis du Conseil d'Etat et sur le rapport du ministre des finances (...) ».*

[424] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.382 et s.

l'article 34 (A), mais aussi dans le champ de l'article 37 (B). Là réside la véritable atteinte au principe de la coordination des domaines.

A- LA FORCE FORMELLE DE LA LOI CONSERVEE DANS LE CHAMP DE L'ARTICLE 34

1174. Le maintien de la force formelle de la loi – c'est-à-dire de la supériorité hiérarchique de la loi – n'allait pas de soi, même dans le champ de l'article 34. Ces controverses, qui occuperont la doctrine et la jurisprudence au début des années 1960[425], ont été tranchées par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat dès l'automne 1958. Celle-ci admet, non seulement le maintien du pouvoir réglementaire complémentaire (1), mais reconnaît surtout au législateur le pouvoir d'en conditionner l'exercice (2).

1) La survivance du pouvoir réglementaire complémentaire

1175. Le pouvoir réglementaire complémentaire subsiste-t-il dans le champ de l'article 34 ? A l'automne 1958, la question ne va pas nécessairement de soi. D'un point de vue théorique, en effet, une situation de coordination de normes d'habilitation est *exclusive* de toute dimension hiérarchique[426]. Elle se traduit par l'existence de *réserves* consistant à *« confier en exclusivité la réglementation d'une matière à un acteur donné »*[427]. De sorte que la « réserve de loi » de l'article 34 pouvait *a priori* s'entendre comme excluant – à tout le moins dans le champ où la « loi fixe les règles » – l'intervention du pouvoir réglementaire, fût-il complémentaire. D'un point de vue pratique, l'article 21 de la Constitution est de rédaction incertaine. La juxtaposition grammaticale, sans conjonction de coordination ou de subordination, de « l'exécution des lois » et du « pouvoir réglementaire » signifie-t-elle vraiment que le second est l'instrument de la première ? L'une et l'autre ne sont-ils pas plutôt les objets d'une même fonction-fin : la conduite de la politique de la Nation ? La rédaction initiale de l'article 21 eût certainement résolu la question[428]. Toujours est-il que la thèse de l'exclusion du pouvoir réglementaire complémentaire n'a rien d'un cas d'école. Elle est défendue, par exemple, par Jean Kahn, dans ses conclusions sur l'arrêt *Daunizeau* en 1961 :

> « Dès lors que deux domaines distincts sont assignés par la Constitution à la loi et au règlement, on ne voit plus quelle est l'utilité, ni même la possibilité des

---

[425] v. par exemple, SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *art. cit.,* p.271-284 ; DOUENCE, J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration, op. cit.,* p.161-167 ; v. aussi CE, Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau,* Rec. p.57 ; *AJ* 1961.75, chron. Galabert et Gentot

[426] TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation, op. cit.,* p.423

[427] *ibid.,* p.432 et s., spéc. p.433 ; v. aussi, TREMEAU, J., *La réserve de loi, op. cit.,* p.45-56

[428] *cf. supra,* n°1081

règlements d'application. Le législateur fait son travail, le pouvoir réglementaire fait le sien (…) »[429]

1176. Cette position est pourtant minoritaire, pour ne pas dire isolée. Elle est d'ailleurs immédiatement contredite par les données du droit positif. Dès l'entrée en vigueur de la Constitution, des règlements complémentaires interviennent – dans le champ de l'article 34 – pour préciser les modalités d'application des ordonnances de l'article 92, auxquels elles ne manquent d'ailleurs pas de renvoyer (*cf. infra*, n°1183, note n°460)[430]. La question n'est guère controversée en doctrine. Marcel Waline considère, par exemple :

> « qu'il faut reconnaître que, du fait qu'il a pour mission d'exécuter les lois, le pouvoir exécutif continue à détenir le pouvoir de faire ce premier acte d'exécution de la loi qui consiste à prendre les règlements nécessaires à son application, les règlements faute desquels la loi serait pratiquement inapplicable. »[431]

Ce maintien du pouvoir réglementaire complémentaire s'entend, non seulement et logiquement dans le domaine où la loi « détermine les principes fondamentaux », mais également – et bien que la question soit *« un peu plus discutable »*[432] – dans les matières où elle « fixe les règles ». Cette position est en doctrine[433]. La malfaçon rédactionnelle de l'article 21 est donc corrigée au prix d'une interprétation *traditionnelle* et *finaliste* de la fonction d'exécution, entendue comme *impliquant* le pouvoir réglementaire, implicitement nécessaire à la réalisation de cette mission. Ce faisant la doctrine de 1958 opère de l'article 21 de la Constitution la même lecture que la doctrine classique opérait de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (*cf. supra,* n°373 s. et n°440 s.)

1177. Du reste, les travaux préparatoires confirment que les rédacteurs de la Constitution n'ont jamais entendu rompre avec cette solution traditionnelle. Les premières versions du projet d'article 21 – préparées par Jérôme Solal-Céligny et Louis Bertrand – ne permettent pas d'en douter : *« Le Premier ministre (...) exerce le pouvoir réglementaire pour l'exécution des lois et des ordonnances. »*[434] Le découplage des deux membres de la phrase est cependant rendu nécessaire à mesure que progresse l'idée d'une consécration du pouvoir réglementaire

---

[429] KAHN, J., « Conclusions » non publiées sur CE, Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau,* Rec. p.57, citées par DUFFAU, J.-M., *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé, op. cit.,* p.29

[430] v., par ex., décret n°58-1000 du 24 octobre 1958 portant application du titre 1er de l'ordonnance n°58-945 du 13 octobre 1958 relative à l'élection des députés à l'Assemblée nationale (J.O.R.F. du 25 octobre, p.9731)

[431] WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.710

[432] WALINE, M., *Droit administratif. Mise à jour de la Constitution de 1958. Supplément, mise à jour au 15 juillet 1959,* 8e éd., *op. cit.,* p.6

[433] v. MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.24 ; SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.297 ; v. encore, VEDEL, G., *Droit administratif, op. cit.,* 2e éd., p.149 ; DOUENCE, J.-C., *op. cit.,* p.164 et s.

[434] *DPS,* vol. 1, p.294

autonome. (*cf. supra,* n°1081) Le 28 août 1958, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, Raymond Janot confirme qu'il n'est pas question que *« l'énumération de l'article [34] conduise à en exclure le pouvoir réglementaire : la loi peut toujours prévoir des règlements pour son application, ce qui souligne que le règlement, tel que l'envisage le projet, prend une nature nouvelle, car il n'est plus limité à l'exécution de la loi. »*[435] Cette lecture est confirmée par Jérôme Solal-Céligny et Louis Bertrand eux-mêmes, en 1959[436]. Ainsi, non controversée, l'existence du pouvoir réglementaire complémentaire fait plus que jamais figure, en 1958, de « constante constitutionnelle »[437].

1178. Dans ces conditions, la « réserve de loi » n'est déjà plus *absolue.* Le maintien du pouvoir réglementaire complémentaire implique le maintien du principe de hiérarchie, donc d'un rapport de « prévalence » – de conformité ou de compatibilité (C. Eisenmann)[438] – entre les lois et leurs règlements complémentaires dans le champ de l'article 34. Les principes jurisprudentiels antérieurs qui déterminent le champ de la complémentarité – tels que synthétisés par l'arrêt *Duval* du 25 octobre 1957 – demeurent pleinement applicables, comme ne manque pas de le relever Marcel Waline[439]. La question de la survivance du pouvoir réglementaire complémentaire n'est donc pas contestée. Celle de savoir si le législateur peut en conditionner l'exercice est davantage controversée.

2) Le maintien d'une détermination législative des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire

1179. *« Je me demande si [le Parlement] a encore la possibilité de définir les conditions dans lesquelles le pouvoir réglementaire va pouvoir s'exercer »*[440]. Ces propos de Roger Latournerie témoignent d'une préoccupation majeure à l'automne 1958. Sous la Ve République, la loi parlementaire peut-elle encore fixer les *formes*, imposer *l'auteur*, voire même déterminer le *champ* d'un règlement complémentaire ? Cette question n'a rien d'évident. Répondre par l'affirmative ne reviendrait-il pas, en effet, à porter atteinte au

---

[435] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 août 1958 (matin), *DPS,* vol. 3, p.401

[436] *« La Constitution laisse enfin sa place au règlement de type traditionnel, pris pour l'exécution ou l'application de la loi (...) »* (SOLAL-CELIGNY, J., BERTRAND, L., « Rapports entre le Parlement et le Gouvernement : compétence législative et compétence réglementaire », *Commentaires sur la Constitution, 1958-1959, art. cit.,* p.255) ; v. aussi, BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.76)

[437] LANZA, A., *op. cit.*

[438] *cf. supra,* n°848 s.

[439] WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.710-711

[440] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.50

principe de la « réserve réglementaire », conférant à l'Exécutif, non seulement un *domaine* réservé, mais aussi la *maîtrise* des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire, fût-il complémentaire ? La réponse à cette question dépend de l'interprétation donnée à l'étendue du champ de l'article 37. La coordination des domaines instituée par la Constitution réserve-t-elle la compétence réglementaire simplement « en surface » ? Ou bien la réserve-t-elle également « en profondeur » ?[441] Autrement dit, l'article 37, en plus d'habiliter le Premier ministre à produire de la législation *primaire* dans un champ d'application déterminé, ne lui réserve-t-il pas la maîtrise de la production de la législation *secondaire* en toutes matières ? Cette dernière lecture de l'article 37, aboutirait à la thèse de la disparition du règlement d'administration publique (RAP) (a). Mais les considérations pratiques commandent rapidement le maintien de ce procédé séculaire (b).

a) L'hypothèse théorique de la disparition du RAP

1180. L'idée selon laquelle l'article 37 réserverait à l'Exécutif, non seulement un champ propre, mais aussi la maîtrise des conditions d'exercice de l'ensemble du pouvoir réglementaire explique que plusieurs auteurs et conseillers d'Etat concluent au *« recul »* (Roland Maspétiol) [442], voire à la *« décadence »* (Lucien Sfez)[443], du RAP sous la Ve République. Dès lors que la Constitution fixe au pouvoir réglementaire un domaine propre et réservé, matériellement et hiérarchiquement, rien ne justifie le maintien du renvoi au RAP. La régulation, par l'Exécutif, des matières réglementaires ne requiert aucune espèce d'invitation législative pour compléter la loi. Les conditions d'exercice de l'exécution de la loi sont laissées à l'entière discrétion du Premier ministre. Cette thèse est avancée par Roland Maspétiol devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 9 octobre 1958 :

> « Seul l'Exécutif est désormais compétent pour réglementer l'exercice du pouvoir réglementaire dans le cadre de l'article 34 et déterminer notamment les cas dans lesquels, en dehors de l'alinéa 2 de l'article 37, ce pouvoir réglementaire doit s'exercer après avis du Conseil d'Etat »[444].

Elle est encore défendue, devant la Section du contentieux, par le commissaire du gouvernement Jean Kahn dans ses conclusions sur l'affaire *Daunizeau* en janvier 1961 :

---

[441] Sur cette distinction, qui renvoie à la distinction « horizontale » / « verticale », ou « matérielle / hiérarchique », v. FAVOREU, L., « Chronique de jurisprudence (mars 1986-mars 1989), *RDP,* 1989, p.447

[442] *« le nouveau régime de l'article 37 entraîne un recul important du domaine du règlement d'administration publique. »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.43)

[443] SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *art. cit.,* p.271

[444] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.43)

> « Le législateur fait son travail, le pouvoir réglementaire fait le sien, sans que le premier puisse rien déléguer au second ; la délégation est constitutionnellement impossible en dehors des cas et de la procédure de l'article 38. Il n'est pas jusqu'à la pratique du renvoi au RAP ou à toute autre forme de règlement qui ne soit inconstitutionnelle, car dès lors que le règlement tire sa justification de l'article 37, il ne la tire pas de la loi et les indications du législateur sont désormais sans portée ; rien n'oblige le pouvoir réglementaire à s'exercer sous une forme plutôt que sous une autre. »[445] (on souligne)

1181. A leurs yeux, les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire sont comprises *en toutes matières* dans le champ de la « réserve réglementaire », par la combinaison des articles 21, 34, 37, 38 et 41. Une solution moins extrême – mais qui procède de la même logique – aboutit à admettre le renvoi au RAP dans les seules matières de l'article 34 pour lesquelles la loi « fixe les règles ». En ces matières mixtes, en effet, le Parlement demeure omnipotent. *« On se trouve,* remarque le président André Heilbronner en Assemblée générale du Conseil d'Etat, *dans une situation exactement semblable à celle d'hier, c'est-à-dire que le pouvoir législatif est exercé par le Parlement et rien ne lui interdit de déterminer ensuite les conditions dans lesquelles le pouvoir réglementaire, c'est-à-dire le pouvoir d'application des lois, peut être exercé par telle ou telle autorité administrative. »*[446] Dans les matières où, aux termes de l'article 34, la loi est cantonnée à la « détermination des principes », le législateur perd, en revanche, ses facultés de renvoi au RAP. En ces matières, le Premier ministre tient ses pouvoirs de la Constitution elle-même. Ici, le champ de la « réserve réglementaire » (donc la maîtrise des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire) s'étend jusqu'au complément des principes établis par la loi. Le législateur pose les principes, mais ne peut déterminer la façon dont ils seront complétés[447]. Cette position demeure minoritaire. Les considérations pratiques commandent rapidement le maintien des solutions traditionnelles.

b) La nécessité pratique du renvoi au RAP

1182. Une nécessaire formalisation du pouvoir réglementaire complémentaire. Des considérations éminemment pratiques conduisent à opter pour la thèse du maintien des facultés de détermination, par le législateur, des conditions d'exercice – acteur, formes et champ – du pouvoir réglementaire, à tout le moins dans le champ de l'article 34. Parmi elles,

---

[445] KAHN, J., « Conclusions » (non publiées) précitées, citées par DUFFAU, J.-M., *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé, op. cit.,* p.29

[446] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.51

[447] v. SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *art. cit.,* p.274

figure l'exigence de *formalisation* du pouvoir réglementaire complémentaire. En témoignent les propos du conseiller Henry Puget, le 27 novembre 1958 :

> « [A]lors que le pouvoir réglementaire peut s'exercer et doit s'exercer, la loi ou l'ordonnance peuvent-elles dire que ce pouvoir réglementaire s'exercera par RAP ou par décret en Conseil d'Etat ? Ou bien s'en remettra-t-on au Gouvernement ?
>
> Je signale qu'il y a là une position très grave à adopter, parce que si on laisse au pouvoir réglementaire le soin de se prononcer sans imposer aucune condition de forme, nous risquons que le pouvoir réglementaire agisse toujours par décret simple et que l'on ne vote plus jamais un texte en Conseil d'Etat. »[448] (on souligne)

Là réside l'essentiel du problème. Les enjeux rejoignent ceux qui entourent l'avènement du pouvoir réglementaire autonome (*cf. supra*, n°1165 s., spéc. n°1169) : l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution – qui renforce considérablement les pouvoirs de l'Exécutif – ne doit se traduire ni par un dérèglement des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire, ni par la dépossession du Conseil d'Etat de ses attributions administratives. Le renvoi au RAP apparaît rapidement, et unanimement, comme le moyen d'aboutir à ce résultat. N'appartient-il pas, effectivement, à l'auteur de la législation *primaire* (ou initiale) de déterminer les modalités de production de la législation *secondaire* (ou dérivée) édictée pour son application ? L'idée selon laquelle l'article 37 aurait consacré une réserve réglementaire « en profondeur » (ou hiérarchique) est donc rapidement écartée. Le Parlement doit demeurer le « maître » des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire. Sur ce point, les propos du président Latournerie, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, sont particulièrement éclairants et méritent d'être reproduits en intégralité :

> « [Lorsque] l'autorité réglementaire intervient pour prendre des mesures complémentaires de mesures d'essence législative qui ont été prises par l'autorité législative, dans ce cas-là, n'est-il pas normal, n'est-il pas juridique, n'est-il pas en même temps opportun que l'autorité législative, qui ne peut pas ignorer que les mesures qu'elle a prises comportent certaines mesures d'exécution, puisse prescrire certaines mesures sur les formes dans lesquelles l'autorité réglementaire va intervenir ?
>
> Je considère, quant à moi, qu'il serait regrettable de ne pas admettre cette solution-là. (…) [T]outes les fois que l'autorité législative prend une mesure qui appelle certaines mesures d'exécution, il lui appartient dans le cadre des pouvoirs qui lui sont dévolus, d'indiquer les formes dans lesquelles telle ou telle mesure sera prise. (…)
>
> La question est d'un intérêt majeur. (…) [J]e considère qu'il appartient à l'autorité législative, le cas échéant, lorsqu'elle prévoit certaines mesures

[448] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 novembre 1958, à l'occasion de l'examen du « Projet d'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature » (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.178)

d'exécution, de définir les formes dans lesquelles cette mesure d'exécution devra intervenir, non pas seulement en la forme du RAP, mais aussi du décret en Conseil d'Etat, du décret simple ou des arrêtés ministériels de diverses formes, ces solutions peuvent parfaitement se concilier. »[449]

Ces propos synthétisent, peu ou prou, la position majoritaire des membres de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat[450], du Gouvernement[451] mais aussi de la doctrine universitaire[452] dès les premiers jours d'application de la Constitution de 1958. Ils révèlent la nécessité de renouer avec le principe de la *« supériorité dynamique »*[453] de la loi dans le champ de l'article 34. La Constitution n'y fait-elle pas obstacle ?

1183. La transposition des principes anciens dans le constitutionnalisme nouveau. L'interprétation traditionnelle de la Constitution de 1958 est pleinement assumée. Le constat de la nécessité du maintien du renvoi au RAP, conduisent le Conseil d'Etat et la doctrine à *« invoqu[er] les habitudes passées en la matière »,* c'est-à-dire opérer une *interprétation traditionnelle* (ou coutumière)[454] du nouveau dispositif constitutionnel. Là encore, les propos de Roger Latournerie, en Assemblée générale du 9 octobre, sont particulièrement éclairants :

> « Je crois que si l'on se réfère à la lettre de la Constitution, on se trouve devant la difficulté redoutable que je m'étais permis d'évoquer[455]. Nous avons aussi une méthode d'interprétation qui, notamment, est une part assez large de la coutume constitutionnelle. (…) Il serait nécessaire de définir les conditions dans lesquelles les règlements interviendront. Ce serait en quelque sorte une annexe du fond dans ce domaine, de telle sorte que l'autorité législative, dans le secteur qui lui est propre, pourrait dire que telle mesure d'exécution sera prise par le préfet, telle autre au Conseil d'Etat, telle autre en RAP. On se référerait à une sorte de coutume constitutionnelle sur le fondement de cette idée que l'on n'a pas entendu innover à cet égard, cela habiliterait parfaitement [le législateur] à prévoir des RAP (…) » (on souligne)
>
> Déterminer les formes et les conditions dans lesquelles doit s'exercer l'autorité réglementaire est une annexe en quelque sorte, de l'exercice du pouvoir législatif sur le fond (…). [Il n'y a pas de raison] de rompre avec les règles

[449] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 novembre 1958, à l'occasion de l'examen du « Projet d'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature » (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.179-180 et p.181)

[450] v., les propos des conseillers Fouan et Lefas (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958, *Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.50 et p.51) ou encore ceux du conseiller Puget (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 novembre 1958, *Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.181)

[451] v., les propos de Raymond Janot, commissaire du Gouvernement (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958, *Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.52)

[452] v., WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.710 ; MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.24

[453] MAULIN, E., « Préface », *op. cit.*

[454] Qui, pour Stéphane Rials, *« n'est pas à proprement parler, une coutume mais est le fruit d'une simple interprétation raisonnable [de la Constitution] ».* (v. RIALS, S., « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *art. cit.,* p.271) Sur ces questions, *cf. supra,* n°374 s.

[455] A savoir, l'indétermination totale des formes du pouvoir réglementaire, autonome ou complémentaire.

traditionnelles en les transposant dans des cadres constitutionnels différents. »[456] (on souligne)

Ce raisonnement est partagé par nombreux de ses collègues[457], par le Gouvernement[458] et par la doctrine[459]. La coordination des domaines, et le mécanisme de la « réserve réglementaire » sont interprétés comme n'ayant pas entendu amoindrir le principe de la « force conditionnante » de la loi (Carré de Malberg) dans son champ d'application. Ce faisant, non seulement les principes de l'ordre juridique ancien sont intégrés – *« transposés »* selon les mots de Roger Latournerie – dans le constitutionnalisme de la Ve République, mais ils permettent surtout d'en atténuer les effets. Le « principe d'habilitation » permet immédiatement (c'est-à-dire, dès la mise en œuvre de « l'ordre juridique relais ») d'assurer la *formalisation* du pouvoir réglementaire complémentaire[460], mais aussi de *corriger* la rigueur de la coordination des domaines, en assurant le maintien d'une collaboration entre le Parlement et l'Exécutif.

1184. Le maintien d'une « collaboration désirable ». En définitif, le maintien du renvoi au RAP dans le champ de l'article 34 permet d'associer l'Exécutif à l'œuvre du législateur parlementaire. Ce procédé est rapidement perçu comme un moyen de renouer avec la théorie du *« pacte volontaire »* de Maurice Hauriou (*cf. supra,* n°773), dans un contexte marqué par la crainte d'un blocage institutionnel lié à d'éventuels conflits entre le Parlement et l'Exécutif. Les propos du conseiller Aubert Lefas témoignent de cette préoccupation :

« Je pense que cela permettrait une liaison. Si l'on prévoyait que le législateur pouvait, après avoir déterminé les principes fondamentaux, renvoyer à des RAP, cela faciliterait la collaboration qui me paraît désirable pour éviter des

---

[456] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958, *Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.51 et p.52

[457] v. les propos de Pierre Laroque : *« il faut bien admettre que les règles antérieures subsistent (...) »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.112) ; v. encore les propos du conseiller Fouan précités.

[458] v. les propos du commissaire du Gouvernement Janot : *« on a changé la limite du domaine [de la loi] mais on peut toujours agir sur le plan réglementaire comme par le passé »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958, *Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.52)

[459] v. les propos de Marcel Waline : *« la Constitution ne le dit pas expressément ; mais du seul fait qu'elle ne l'interdit pas, ce pouvoir subsiste. (...) Ce serait donc un véritable contre-sens que d'interpréter son silence comme condamnant cette pratique traditionnelle, et d'une utilité éprouvée. »* (WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.710)

[460] De fait, le Conseil d'Etat ne manque pas d'insérer, dans les projets d'ordonnances édictés sur le fondement de l'article 92 de la Constitution, des dispositions renvoyant à des RAP ou décrets en Conseil d'Etat le soin d'en déterminer les modalités d'application. v., par exemple, CE, Assemblée générale, 27 novembre 1958, « Projet d'ordonnance et projet de décrets relatifs à la réforme des services hospitaliers », n°275807 et 275808 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/534 : *« Le Conseil d'Etat a cru enfin devoir renvoyer à un RAP la détermination des mesures à prendre pour assurer entre [les établissements hospitaliers] les liaisons indispensables. »* ; v. encore, CE, Commission permanente, 24 décembre 1958, D.2278.CP, « Projet d'ordonnance tendant à modifier l'article 31 w du livre 1er du code du travail », n°276392 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/547

heurts entre le Parlement et l'Exécutif et des empiètements du domaine de l'un sur le domaine de l'autre. »[461] (on souligne)

Quelques semaines plus tard, le renvoi au RAP permettra effectivement d'associer le Gouvernement à l'élaboration des taxes parafiscales – matière dont il s'est montré *« très jaloux »*[462] en 1958, mais traditionnellement considérée par le Conseil d'Etat comme réservée à la loi[463], et certainement comprise dans le champ de l'article 34[464].

1185. Toutes ces solutions élaborées par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat à l'automne 1958 reviennent à faire survivre le principe de la hiérarchie de la loi sur le règlement pour atténuer la rigueur de la coordination matérielle des domaines. Elles révèlent la persistance des principes anciens dans l'ordre juridique nouveau. Intuitive dans le champ de la réserve de loi, la subsistance de la force formelle de loi était moins évidente dans le champ de la réserve réglementaire. Elle est pourtant acquise dès 1958.

B- LA FORCE FORMELLE DE LA LOI CONSERVEE DANS LE CHAMP DE L'ARTICLE 37

1186. La coordination matérielle des domaines ne faisait-elle pas disparaître le principe de la force formelle de loi dans le champ de l'article 37 ? On pouvait *a priori* le penser. En son domaine, le pouvoir réglementaire apparaissait – aux yeux d'éminents auteurs – comme un *« pouvoir normatif général et inconditionné »*[465] (J. Rivero), revêtu de la *« force de loi »*[466] (R. Capitant), sinon de la souveraineté (M. Waline)[467]. Ces assertions ont été très tôt

---

[461] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1*, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, op. cit.,* spéc. p.51)

[462] Selon les termes du rapporteur Henry Puget, à l'occasion de l'examen en Assemblée générale du Conseil d'Etat du « Projet d'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances » (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.581)

[463] CE, Section des finances, 1er mars 1955, « Question de savoir quelle serait l'étendue exacte des pouvoirs du Gouvernement en matière fiscale dans le cas où la loi du 14 août 1954 serait prorogée », n°266349 [En ligne] : *« toute création ou majoration d'impôts, de taxes fiscales ou parafiscales est en principe réservée par la Constitution et d'après la tradition républicaine au pouvoir législatif ; toute disposition qui déroge à ce principe doit être interprétée de façon restrictive. »*

[464] v., les propos du conseiller Pierre Chasserat : *« nous sommes à la limite du domaine législatif et réglementaire, et plutôt, sur le domaine législatif. (...). [T]oute critique serait effacée [si] le législateur lui-même [renvoyait] au pouvoir réglementaire une partie de ses pouvoirs et notamment la possibilité d'établir des taxes parafiscales. »* (Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 28 novembre 1958, à l'occasion de l'examen du « Projet d'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances » (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.590)

[465] RIVERO, J., « Regard sur les institutions de la Ve République », *art. cit.,* p.262

[466] CAPITANT, R., « Une première interprétation », *art. cit.,* p.364

[467] *« On ne peut plus, dans ces conditions, parler de supériorité absolue de la loi sur le règlement ; la vérité est plutôt que la loi et le règlement sont souverains chacun dans [leur] domaine (...) »* (WALINE, M., *Droit administratif. Mise à jour de la Constitution de 1958. Supplément, mise à jour au 15 juillet 1959,* 8e éd., *op. cit.,* p.9)

démenties. Dès 1958, subsiste le principe de la force formelle de la loi, y compris dans le champ de la « réserve réglementaire ». En ces matières, la loi demeure toujours la *limite* (1), sinon la *condition* (2) du pouvoir réglementaire. On renoue alors – a-t-il jamais été question de s'en écarter ? – avec l'exacte définition de la légalité administrative, telle que l'enseigne Carré de Malberg depuis 1920[468].

1) Le maintien de la force limitative de la loi

1187. Les règlements autonomes demeurent des *actes administratifs*, soumis au principe de légalité. Il n'a jamais été question qu'ils soient assimilés à la loi parlementaire ; les travaux préparatoires de la Constitution, et les débats en Assemblée générale du Conseil d'Etat au cours de la période transitoire ne permettent pas d'en douter. Subordonnés à la loi, les règlements autonomes doivent avant tout – c'est la première des conditions de la légalité administrative – s'abstenir d'agir *contra legem.* Ces considérations expliquent l'admission de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à leur encontre (a), ainsi que l'ouverture de tous les moyens d'annulation existants, y compris celui de la « violation de la loi » (b).

a) L'admission certaine de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir

1188. Dans l'idéal républicain, la loi parlementaire fait figure de meilleure garantie contre l'arbitraire[469]. De ce point de vue, l'avènement de la « réserve réglementaire » en 1958 laissait craindre un recul des droits et libertés des individus[470]. On comprend pourquoi la doctrine universitaire milite, dès 1959, – avec une rare unanimité – pour la *« soumission au droit des règlements autonomes »*[471] (l'expression est de René Chapus) ; le recours pour excès de pouvoir en redevient l'instrument, comme jadis à la fin du XIXe siècle. L'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils* du 26 juin 1959 – dont la portée dépasse largement la question du régime juridique des règlements coloniaux[472] – s'inscrit dans ce contexte doctrinal relativement consensuel[473].

---

[468] CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat, op. cit.,* t.1, p.488

[469] *cf. supra,* introduction générale, n°37 s.

[470] v., par exemple, WALINE, M., *Droit administratif. Mise à jour de la Constitution de 1958. Supplément, mise à jour au 15 juillet 1959,* 8e éd., *op. cit.,* p.9-10 ; v. encore, L'HUILLIER, J., « La délimitation de la loi et du règlement », *art. cit.,* p.174-175

[471] CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *art. cit.*

[472] v. l'analyse originale de cet arrêt, proposée par LEROYER, S., *op. cit.,* p.432 et s.

[473] v., par exemple, SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.292 et s., spéc. p.294 ; WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution

1189. En réalité, cette solution est acquise dès l'été 1958. Il n'a jamais été question – dans l'intention des rédacteurs de la Constitution – de soustraire les règlements autonomes au recours pour excès de pouvoir. Les propos de Michel Debré, devant le Comité consultatif constitutionnel, le 5 août 1958 en témoignent :

> « Le système qui vous est présenté fait qu'en ce qui concerne tous les actes du pouvoir réglementaire, c'est le Conseil d'Etat qui reste juge. Par conséquent, ne donnez pas compétence au Conseil constitutionnel car, en ce qui concerne les actes du pouvoir réglementaire, le contrôle du Conseil d'Etat est plus largement ouvert. (…) Ce qui est du pouvoir réglementaire dépend du Conseil d'Etat. (…)
>
> Il y a la garantie du Conseil d'Etat, qui est aussi large que possible, la saisine n'étant pas limitée et la possibilité de contrôler s'étendant, quel que soit le nom, ordonnance ou décret-loi, à tout ce qui émane du pouvoir réglementaire. »[474] (on souligne)

Cette solution est confirmée, par Roger Latournerie, devant le Conseil d'Etat, le 25 août 1958 : *« s'il y a empiètement du règlement sur l'autorité législative, rien ne s'opposera à ce que le juge ordinaire de l'excès de pouvoir apprécie la légalité de l'acte réglementaire (...). Je crois que ce contrôle, le Conseil d'Etat aura le pouvoir et le devoir de l'exercer. »*[475] La solution semble tellement évidente qu'elle n'est finalement pas véritablement discutée. Ces considérations n'ont rien d'étonnant. L'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils* de 1959 s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle inaugurée, en 1907, par l'arrêt *Compagnie des chemins de fer de l'Est,* confirmée, en 1918, par l'arrêt *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient,* réitérée, en 1933, par l'arrêt *Maurel,* et bientôt consacrée, en 1961 et 1962, par les arrêts *Fédération nationale des syndicats de police* et *Canal, Robin et Godot* : les règlements autonomes ont été « administrativisés », comme l'ont été jadis les RAP, les décrets-lois, et les règlements coloniaux, et comme le seront bientôt les ordonnances de l'article 38, fussent-elles référendaires. L'arrêt de 1959 n'a donc rien d'une « surprise », il est l'expression d'une « culture républicaine » (S. Berstein) qui – depuis la fin du XIXe siècle – n'admet, en périodes ordinaires, la législation gouvernementale qu'à condition d'être subordonnée au droit, et plus particulièrement à la loi parlementaire.

b) L'ouverture avérée du moyen d'annulation tiré de la « violation de la loi »

1190. Nombreux sont les auteurs qui, tout en admettant la recevabilité du recours pour excès de pouvoir à l'encontre des règlements autonomes, concluent à la disparition – ou à la

---

de 1958 », *art. cit.,* p.711 ; HAMON, L., « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *art. cit.,* p.254 ; CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *art. cit.*

[474] Comité consultatif constitutionnel, séance du 5 août 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.179 et p.180

[475] Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.132

reformulation – du moyen d'annulation tiré de la « violation de la loi »[476]. Comment pourrait-il *a priori* en aller autrement face à la *« disparition de l'échelon loi »*[477] (G. Morange), dans le champ de l'article 37 ? Cette « hiérarchie sans loi » conduit à considérer, selon les mots de Marcel Waline, que *« l'ouverture dite de la violation de la loi n'est plus à la disposition des administrés qui veulent les attaquer [les règlements autonomes] devant le Conseil d'Etat, non plus que des justiciables qui voudraient y opposer l'exception d'illégalité »*[478]. Très tôt, la doctrine craint un recul des exigences de « légalité interne ». Cela l'amène à *reformuler* l'ouverture de la violation de la loi en *« violation de la règle de droit (de fond) »*[479]. Cette reformulation doctrinale s'accompagne, chez de nombreux auteurs, d'un plaidoyer pour la reconnaissance de la valeur constitutionnelle, et de l'opposabilité, du Préambule de la Constitution de 1958 aux règlements autonomes, et pour la promotion des principes généraux du droit au niveau constitutionnel[480]. Cette solution – que semble consacrer, au visa de la Constitution, le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Syndicat général des ingénieurs-conseils* en 1959, à l'invitation de son commissaire du gouvernement Fournier[481] – paraît confirmer la thèse selon laquelle la loi parlementaire aurait perdu sa force limitative dans le champ de l'article 37. Plusieurs arguments montrent pourtant qu'il n'en est rien. Et cela, dès 1958.

1191. De l'aveu même des concepteurs du dispositif constitutionnel, la coordination des domaines n'a jamais eu vocation à rompre avec le principe traditionnel de la force formelle de la loi : *« Je ne crois pas,* déclare Raymond Janot devant le Comité consultatif constitutionnel, le 31 juillet 1958, *que des dispositions de cette nature* [nda : les articles 34, 37 et 41], *soient contraires au principe de la supériorité de la loi qui signifie que le règlement est subordonné à la loi et non que la loi peut intervenir en toutes matières »*[482]. Le règlement autonome

---

[476] La question ne se pose guère pour les autres « constantes » (F. Melleray) du contrôle : il est admis, sans difficulté, que l'incompétence, les vices de forme et de procédure et le détournement de pouvoir demeurent des cas d'ouverture du recours. v., par exemple, BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *art. cit.,* p.76 ; SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.292 et s. ; WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.712 ; EISENMANN, C., HAMON, L., « La juridiction constitutionnelle en droit français : 1875-1961 », *art. cit.,* p.284

[477] MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.24

[478] WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *art. cit.,* p.711

[479] *ibid.*

[480] Jean L'Huillier et Roland Drago représentent principalement cette façon de penser. (v., L'HUILLIER, J., « La délimitation de la loi et du règlement », *art. cit.,* p.174-175 ; DRAGO, R., « Note sous CE, 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils, S.* 1959.202 ; v. encore, SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *art. cit.,* p.296) ; *contra* CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *art. cit.,* p.123

[481] FOURNIER, J., « Conclusions » précitées, *RDP,* 1959, spéc. p.1011

[482] Comité consultatif constitutionnel, séance du 31 juillet 1958 (après-midi), *DPS,* vol. 2, p.102

demeure dans une position d'infériorité hiérarchique par rapport à la loi. Il en résulte deux conséquences[483] :

- d'une part, même dans son champ d'application, le pouvoir réglementaire autonome ne peut contrarier les dispositions d'une loi *matériellement législative* ; il doit en respecter la lettre, et l'esprit. Cette solution a été consacrée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, dès le 7 janvier 1959. Celle-ci a rejeté un projet de décret « portant création d'un cadre des maîtres d'arabe dans l'Académie d'Alger » aux motifs que *« les dispositions contenues dans ce projet, dérogeant en ce qui concerne certaines garanties fondamentales aux règles posées par la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires (...), ne pouvaient être prises en se fondant sur l'article 37 de la Constitution. »*[484] Or, la matière des créations de cadres d'emplois dans la fonction publique est traditionnellement réglementaire, et très certainement comprise dans le champ de l'article 37, alinéa 1er, de la Constitution de 1958. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat n'hésite pourtant pas à confronter le projet de règlement autonome, aux dispositions de la loi du 19 octobre 1946 portant statut général des fonctionnaires. Dans son propre champ, le pouvoir réglementaire autonome doit donc s'abstenir d'agir *contra legem* ;

- d'autre part, le pouvoir réglementaire autonome ne peut jamais contrarier les dispositions d'une loi même *matériellement réglementaire*, sauf à recourir à la procédure de l'article 37, alinéa 2. Par définition, les sections administratives n'ont jamais été amenées à constater – dans les premières semaines d'application du nouveau texte constitutionnel – une telle irrégularité[485]. Les premières solutions en ce sens émanent de la Section du contentieux, au début des années 1960[486]. Mais la position est clairement arrêtée par l'Assemblée générale dès octobre 1958, lorsqu'elle décide de maintenir en vigueur – avec tous leurs effets – les lois

---

[483] Et non trois. Car la sanction de l'incompétence *positive* de l'autorité réglementaire (qui agirait, *primum legem,* dans le champ de l'article 34) n'est pas le résultat du principe de hiérarchie, mais de la coordination des domaines. Il s'agit donc d'une inconstitutionnalité « immédiate » (selon les termes de Charles Eisenmann et Léo Hamon (« La juridiction constitutionnelle en droit français : 1875-1961 », *art. cit.,* p.284). Roger Latournerie l'a très tôt perçu : *« S'il y a empiétement du règlement sur l'autorité législative (...), [le Conseil d'Etat] aura, avec la Constitution, la possibilité d'en prononcer l'annulation. L'illégalité dérivera de la contradiction entre le règlement et la Constitution. »* (Commission constitutionnelle du Conseil d'Etat, séance du 25 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.132)

[484] CE, Assemblée générale, 7 janvier 1959, « Projet de décret portant création d'un cadre des maîtres d'arabe dans l'Académie d'Alger », n°275977 ; Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine, cote 19990025/537

[485] Car, il eût fallu – pour la constater – qu'elles ne fussent pas consultées. La consultation du Conseil d'Etat est la condition nécessaire mais suffisante pour modifier par décret une loi matériellement réglementaire antérieure à 1958. La délégalisation n'a pas besoin d'être formellement constatée.

[486] v., par exemple, s'agissant d'un décret modifiant une loi antérieure à 1958 : CE, 30 janvier 1963, *Caubert de Cléry, Ferré et autres,* Rec. p.56 ; v. s'agissant d'un décret modifiant une loi postérieure à 1958 : CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins,* Rec. p.479 ; *RDP,* 1962.739, concl. Braibant. ; v. encore, CE, Ass., 27 février 1970, *Dautan,* Rec. p.141. Ces exemples sont cités par FAVOREU, L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *art. cit.,* p.880

matériellement réglementaires antérieures à 1958 (*cf. supra*, n°1147 et s.). Tant que ces textes n'auront pas été modifiés conformément à la procédure de l'article 37, alinéa 2, ils conserveront leur *force formelle de loi. « Tant que ces mesures ne sont pas intervenues,* déclare Pierre Laroque devant l'Assemblée générale, le 16 octobre 1958, *je crois que la seule solution à appliquer est le respect des textes. »* ; *« [N]ous devons appliquer la loi telle qu'elle est »*[487], ajoute Henry Puget. Nulle question, pour l'autorité réglementaire agissant par voie de décrets simples, de contrarier – fût-ce dans le champ de l'article 37 – des lois formelles, même matériellement réglementaires.

1192. Les règlements autonomes n'ont donc pas l'équivalence hiérarchique de la loi. Ils doivent s'abstenir d'agir *contra legem*, c'est-à-dire *a minima* ne pas la contrarier. Ils demeurent, sur ce point, soumis au principe de légalité. La solution – qui s'impose durablement à partir des années 1970[488] – est en réalité acquise, dès l'automne 1958. René Chapus l'a d'ailleurs perçue dès 1960 : *« s'ils sont effectivement affranchis du respect des lois, c'est parce qu'il n'existe pas de loi dans le domaine où ils sont édictés : faute de norme supérieure, il n'y a pas de norme subordonnée. (...) »* [489] Or, dès qu'une loi formelle fait « écran » entre le règlement autonome et la Constitution, elle demeure la *limite,* mais aussi *la condition* du pouvoir réglementaire autonome.

2) Le maintien de la force conditionnante de la loi

1193. Que la loi demeure la *limite* du pouvoir réglementaire autonome, n'a finalement rien d'étonnant. Cette solution renoue avec le modèle de la monarchie limitée du type allemand (*cf. supra,* n°947 s.) et n'a jamais été contestée par la doctrine classique la plus hétérodoxe[490]. Qu'elle en forme encore la *condition,* peut néanmoins surprendre. N'est-il pas effectivement paradoxal, sinon antithétique, qu'un règlement autonome réponde à la condition *secundum legem* ? Deux hypothèses témoignent pourtant, dès 1958, du maintien de la *force conditionnante* de la loi dans le champ de la – supposée – « réserve réglementaire ». D'une part, les lois matériellement réglementaires continuent, jusqu'à leur délégalisation, à

[487] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.112, et p.113

[488] DUFFAU, J.-M., *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé, op. cit.,* ; FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.* ; FAVOREU, L., « Les règlements autonomes existent-ils ? », *art. cit.*

[489] CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *art. cit.,* p.126

[490] *cf. supra,* n°948 s. Le règlement autonome est affranchi de la condition *secundum legem,* mais demeure soumis à la condition *infra legem.* C'est la définition même qu'en donne René Capitant. *« Il ne peut ni contrevenir à la loi, ni y déroger, encore moins l'abroger ou la modifier. »* (CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public, 1955-1956, op. cit.,* p.43-44),

conditionner l'exercice du pouvoir réglementaire (a) ; d'autre part, les lois matériellement législatives peuvent, pour leur « mise en œuvre », conditionner la régulation de matières naturellement réglementaires (b).

a) La force conditionnante des lois matériellement réglementaires

1194. Les lois formelles peuvent-elles conditionner l'exercice, notamment les *formes*, du pouvoir réglementaire autonome ? *A priori,* une réponse négative s'impose. Il semblerait évident, qu'en la matière, l'Exécutif jouît désormais d'une entière maîtrise de la production réglementaire. Les lois matériellement réglementaires, antérieures à 1958, perdraient ainsi leur force conditionnante ; et les RAP, auxquels elles renvoient, ne pourraient plus – selon les mots de Roland Maspétiol – se *« prévaloir de cette qualité désormais usurpée »* [491].

1195. Cette solution est pourtant vivement controversée. Le 16 octobre 1958, devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, elle est soutenue par le président Pierre Josse, au nom de la Commission de la fonction publique :

> « [Il est] beaucoup plus simple de prendre l'article 37 tel qu'il existe et de dire que nous sommes dans le domaine réglementaire et que dès lors qu'une loi antérieure avait renvoyé à un RAP, il n'est plus obligatoire désormais de faire un RAP pour les mesures d'application, si la matière, bien entendu, est du domaine réglementaire, ce que je suppose comme postulat. (…) C'est le Gouvernement qui aurait le choix entre le RAP, le décret en forme de RAP, le décret en Conseil d'Etat ou le décret simple. (…) J'estime que l'article 37 n'oblige plus à prendre des RAP. »[492]

Ces considérations – que partagent, notamment les conseillers Reinach et Heilbronner[493] – aboutiraient à conférer son plein effet au critère matériel. Elles reviendraient, selon les mots de René Cassin, à estimer que *«* ipso facto*, le texte de la Constitution a retiré le caractère de RAP à ce qui avait été désigné comme tel par les lois antérieures »*[494]. En somme, c'eût été constater l'abrogation implicite des lois matériellement réglementaires, et particulièrement des habilitations qu'elles contenaient. De sorte que, dans le champ de l'article 37, aucun conditionnement législatif du pouvoir réglementaire autonome n'eût été désormais possible.

---

[491] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 9 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.43)

[492] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 16 octobre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 1, *op. cit.,* p.111-112)

[493] v. les propos du président Heilbronner : *« la Constitution a donné des compétences au pouvoir exécutif et non plus au pouvoir législatif. Cette disposition est immédiatement exécutoire, et par conséquent, nous sommes directement investis d'une compétence par la Constitution et non point par la loi (...) »* (*ibid.,* p.113)

[494] *ibid.,* p.118

1196. Or, on sait que l'Assemblée générale du Conseil d'Etat s'est prononcée, dès le 9 octobre 1958, contre cette solution (*cf. supra,* n°1147 s.). Le maintien en vigueur des lois matériellement réglementaires antérieures à 1958 entraîne le maintien en vigueur des habilitations qu'elles contiennent, donc le maintien en vigueur des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire qu'elles imposent, fût-ce dans le champ de l'article 37. Cette solution est très clairement rappelée par Roger Latournerie, le 16 octobre :

> « Tant qu'un décret pris en Conseil d'Etat sur le fondement de l'article 37, alinéa 2, n'est pas intervenu, cette matière reste législative formellement, comme nous l'avons dit l'autre jour. Ce point est acquis (…).
>
> La matière reste législative formellement, c'est-à-dire que la loi reste la loi, provisoirement. Elle reste la loi avec toutes ses conséquences, c'est-à-dire que les matières qu'elle traite gardent cette valeur tant qu'il n'y a pas été touché dans la forme que j'indique et que les procédures qu'elle institue sont encore en vigueur. »[495]

Ces propos – qui emportent une nouvelle fois l'adhésion de l'Assemblée générale[496] – reviennent à faire survivre le principe de la *« supériorité dynamique »* [497] des lois matériellement réglementaires, dans le domaine désormais réservé au pouvoir réglementaire autonome. Autrement dit, lorsqu'ils sont couverts par le champ d'application d'une habilitation législative antérieure à 1958, les règlements perdent leur caractère « autonome », et demeurent soumis à la condition *« secundum legem ».* De ce point de vue, les règlements « autonomes » demeurent des règlements édictés *en exécution* des lois. Il en est, par exemple ainsi, des statuts particuliers des fonctionnaires, dont l'article 2 de loi du 19 août 1946 prévoyait qu'ils fussent établis par RAP. Non réservée à la loi par l'article 34 – et sans doute « réglementaire par nature » – la matière reste conditionnée par les formes prescrites par la législation de 1946. La loi formelle, même matériellement réglementaire, et même antérieure à 1958, conserve donc sa force conditionnante. Elle annihile, *de jure,* dans son champ d'application, le caractère *primum legem* de tous les règlements.

b) La force conditionnante des lois matériellement législatives

1197. Même lorsqu'elles interviennent dans leur secteur – c'est-à-dire dans les matières de l'article 34 – les lois formelles projettent leur force conditionnante dans le champ de la réserve réglementaire. Il en est notamment ainsi lorsqu'elles déterminent, pour leur « mise en œuvre », les conditions d'exercice du pouvoir réglementaire ci-devant « autonome ». Cette

---

[495] *ibid.,* p.114, et p.115

[496] Certes, à 30 voix contre 29… (*ibid.,* p.114)

[497] MAULIN, E., « Préface », *op. cit.* ; Sur ce concept, v. *supra,* n°472 s., et n°826 s.

solution est explicitement admise par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, consultée le 27 novembre 1958 sur le projet d'ordonnance « portant loi organique relative au statut de la magistrature ». Se pose, à cette occasion, la question de savoir si le législateur peut conditionner l'exercice de la réglementation des limites d'âge inférieure et supérieure des candidats à l'Ecole nationale de la magistrature. Pour le conseiller Alain Barjot, *« cette question est du domaine réglementaire par nature comme relevant de l'article 37 »*[498]. La matière est, en effet, traditionnellement laissée au pouvoir réglementaire autonome et figure, expressément, dans le champ du domaine réglementaire « par nature » aux termes de la loi du 17 août 1948 (article 7, al. 4).

1198. L'Assemblée générale admet pourtant – pour les raisons précédemment évoquées (*cf. supra*, 1179 s.) – que la loi peut toujours déterminer les conditions d'exercice des mesures à édicter pour son application, même si ces mesures relèvent de matières intrinsèquement et traditionnellement réglementaires[499]. Le « principe d'habilitation » projette alors ses effets dans le champ de l'article 37, de sorte que la supériorité de la loi demeure capable *d'irradier* « toute espèce de mesure sur toute espèce d'objets », selon les termes de Carré de Malberg. Aucune matière n'est donc susceptible d'échapper à la force conditionnante de la loi ; chacune demeure sujette à la condition *secundum legem.* Ce faisant, le Conseil d'Etat minimise, sinon neutralise, la portée de la « réserve réglementaire ». La coordination des domaines fait place, dès octobre 1958, au principe de hiérarchie.

1199. En définitive, le Parlement est demeuré le « maître »[500]. Cette conclusion n'est pas nouvelle ; Louis Favoreu l'avance dès la fin des années 1970[501]. La nouveauté est ailleurs. Elle réside dans le constat de la neutralisation *originelle* de la coordination des domaines. Il faut donc reformuler les propos de Louis Favoreu ; la loi n'a pas *« retrouvé »* sa dimension hiérarchique au prix d'une *« évolution »* liée à un *« changement du contexte constitutionnel ou politique »*[502], la loi a *conservé* (sinon *jamais perdu*) – cela dès l'automne 1958 – sa force supérieure et conditionnante en toutes matières. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat, et la

---

[498] Assemblée générale du Conseil d'Etat, séance du 27 novembre 1958 (*Archives constitutionnelles de la Ve République.* Volume 2, *op. cit.,* p.180)

[499] L'article 23 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature renvoie effectivement au RAP la détermination des limites d'âges des candidats à l'auditorat. (J.O.R.F. du 23 décembre, p.11551)

[500] Les termes sont empruntés à Carré de Malberg

[501] FAVOREU, L., « Rapport introductif », *in : Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.33 ; FAVOREU, L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *art. cit.,* p.882)

[502] v. respectivement, FAVOREU, L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *art. cit.,* p.883 ; et FAVOREU, L., « Rapport introductif », *art. cit.,* p.32

doctrine, ont immédiatement interprété le mécanisme de la coordination des domaines à la lumière des principes de l'ordre juridique antérieur à 1958, exprimant, selon les mots de Georges Vedel, la *« stabilité »* du droit administratif face à *« l'instabilité »* du droit constitutionnel.

1200. Conclusion de la section. L'étude de la transition infraconstitutionnelle de 1958-1959 permet de corroborer le constat d'une « continuité constitutionnelle » dans l'exercice du pouvoir réglementaire[503]. *« La Constitution passe, le règlement reste »*[504], comme le remarque François Luchaire en 1979. Les archives constitutionnelles révèlent que cette conclusion s'impose dès octobre 1958. L'Assemblée générale du Conseil d'Etat régule – à peu près seule – la transition constitutionnelle et s'assure que l'entrée en vigueur des articles 34, 37, 41 et 92 n'aboutisse pas à un bouleversement de pratiques réglementaires. L'abrogation implicite des habilitations incompatibles avec la Constitution, l'interprétation conforme des lois matériellement réglementaires et l'interprétation compréhensive et fonctionnelle des domaines assurent, d'une part, l'intégration des dispositifs anciens dans le système nouveau. Le maintien de la force formelle de la loi, appuyé sur l'idée d'une hiérarchie conservée des fonctions et des organes de l'Etat, assure, d'autre part, l'adaptation de l'ordre nouveau aux principes traditionnels. Il en résulte un *« continuum »* constitutionnel qui – loin de s'analyser comme une *« résistance du Conseil d'Etat aux changements »*[505] (D. Lochak) – est plutôt révélateur d'une « culture républicaine » enracinée par-delà les textes constitutionnels.

1201. Conclusion du chapitre. Contrairement aux idées reçues, et perçues par la doctrine de l'époque, la Constitution de 1958 n'a rien – du point de vue du pouvoir réglementaire – d'une *révolution*, ou (le terme eût été plus idoine) d'une *contre-révolution*. Elle s'inscrit doublement dans le « sens de l'histoire »[506] républicaine. D'une part, en effet, tant les facultés de législation qu'elle reconnaît à l'Exécutif, pour les temps ordinaires et extraordinaires, que les modalités de leur exercice, sont le produit d'une évolution au long cours, observée dans toutes les démocraties occidentales, et expérimentées en France depuis 1914. D'autre part, les résistances à la « réserve réglementaire », sont elles-mêmes le produit d'une *« culture*

---

[503] VEDEL, G., « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif », *art. cit.,* spéc. p.787 ; v. encore, FAVOREU, L., « La loi » in : *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, art. cit.*

[504] LUCHAIRE, F., « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *art. cit.,* p.141

[505] LOCHAK, D., *Le rôle politique du juge administratif français, op. cit.,* p.296 et s.

[506] ROUSSELLIER, N., « La Constitution de 1958 allait-elle dans le « sens de l'Histoire » ? », *art. cit.*

républicaine »[507] (S. Berstein), habitée par la hantise du pouvoir personnel et pétrie du mythe de la souveraineté parlementaire. Ces considérations expliquent les *« compromis implicites »*[508] de la Ve République et l'inscrivent dans un héritage constitutionnel, sans cesse réactualisé.

[507] BERSTEIN, S., « La culture républicaine dans la première moitié du XXe siècle », *art. cit.*

[508] *Les compromis implicites de la Ve République,* Colloque organisé par la fondation Charles de Gaulle, en partenariat avec l'ENA, l'ENS et PSL, 20 et 21 septembre 2018, [Actes à paraître])

Conclusion du Titre 2 :
De la discrétionnalité concédée à la discrétionnalité réservée

1202. Le critère matériel est une constante de l'histoire constitutionnelle française. Loin d'apparaître en 1958, il puise ses racines dans une philosophie libérale – héritée du XVIIIe siècle – qui relie la loi à l'autonomie de la volonté, c'est-à-dire à la liberté individuelle. L'idée qu'il existe des matières réservées à la loi traverse donc l'histoire du constitutionnalisme libéral. La République parlementaire en reçoit l'héritage. Au XXe siècle, la « réserve de loi » permet de sauvegarder les prérogatives parlementaires contre l'expansion irrésistible du pouvoir réglementaire dans un contexte marqué par les crises, justifiant parfois les plus graves atteintes aux droits et libertés de l'individu. La doctrine et la jurisprudence en identifient progressivement les contours, constitutionnalisés à l'article 34 de la Constitution de 1958.

1203. Le critère matériel n'en demeure pas moins utile aux nécessités gouvernementales. Dès le XIXe siècle, et principalement au XXe siècle, il apparaît comme le moyen de rationaliser la distribution des fonctions de législation dans l'Etat. Paradoxalement, l'existence de matières « réservées à la loi » rend possible d'envisager l'existence de matières *non réservées,* laissées ouvertes à la compétence de l'Exécutif agissant par règlements autonomes, ou décrets-lois. Surtout, l'identification de matières essentiellement, ou traditionnellement, réglementaires permet d'en penser la protection contre les immixtions du législateur parlementaire. A l'épreuve de la crise des institutions, le critère matériel est donc progressivement mis au service de la « réserve réglementaire », c'est-à-dire d'un domaine d'action *réservé* à l'Exécutif. Ce faisant, le critère matériel permet d'envisager la discrétionnalité du pouvoir réglementaire indépendamment des concessions législatives. Jusqu'en 1958, en effet, la liberté d'action – réelle – dont jouit l'Exécutif dans la régulation d'une matière demeure conditionnée par les autorisations (le principe d'habilitation) ou l'autolimitation (le principe de complémentarité) du Parlement (*cf.* Titre 1er). L'identification d'un domaine réservé à l'Exécutif – c'est-à-dire interdit au législateur parlementaire – permet d'envisager la discrétionnalité inconditionnée du pouvoir réglementaire.

1204. Tel est l'idéal que souhaitaient consacrer les concepteurs du système des articles 34, 37 et 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Dans une certaine mesure, ils y parviennent, en offrant à l'Exécutif un arsenal (l'irrecevabilité et le déclassement) susceptible de prévenir ou de réprimer les interventions législatives formelles dans le secteur que désormais la Constitution lui réserve. Pour autant, l'écriture et l'interprétation dispositif du titre V de la

Constitution de la Ve République demeure largement déterminées par les structures de « l'idée républicaine. » Parce qu'elle réveille les vieilles hantises républicaines du pouvoir personnel, réactivées vingt-ans plus tôt par le régime de Vichy, la coordination des domaines législatif et réglementaire est neutralisée – non pas dans les années 1960-1970, comme on le croyait jusqu'à présent – mais dès l'été-automne 1958.

Conclusion de la Seconde partie :
En finir avec la conception « ancillaire » du pouvoir réglementaire

1205. L'étude des mutations qui affectent la mise en relation – hiérarchique ou matérielle – de la loi et du règlement, entre 1914 et 1958, doit faire relativiser la conception *« ancillaire »*[1] du pouvoir réglementaire. Sur la période considérée, l'Exécutif acquiert (ou retrouve) des fonctions de législation essentiellement discrétionnaires, indépendantes de l'exécution des lois. Autrement dit, à rebours de l'idéal républicain de la fin du XIXe siècle, il gagne la faculté de déterminer *librement le contenu* des prescriptions générales et impersonnelles applicables sur le territoire national. Cette évolution procède d'une redéfinition de l'articulation des fonctions de législation dans l'Etat. Au point de vue hiérarchique, la différence de degré entre la loi et le règlement s'amoindrit ; par le jeu du principe d'habilitation (l'autorisation parlementaire) ou du principe de complémentarité (l'autolimitation parlementaire), l'Exécutif se trouve en situation de parachever l'œuvre du législateur parlementaire, ou de substituer son appréciation à la sienne. Au point de vue matériel, la différence de nature entre la loi et le règlement se trouve atténuée ; l'idée qu'il existe des matières à vocation législative, et d'autres à vocation réglementaire, fait progressivement place à l'idéal de la subordination du règlement à la loi.

1206. Les innovations – supposées – de la Constitution du 4 octobre 1958 méritent donc d'être relativisées. Le champ des fonctions de législation gouvernementale n'est pas fondamentalement affecté par l'entrée en vigueur du système des articles 21, 34, 37, 38 et 41 du nouveau dispositif constitutionnel. Le passage de la conception « ancillaire » à la conception discrétionnaire du pouvoir réglementaire s'est réalisé, non à l'avènement de la Ve République, mais progressivement entre 1914 et 1958. Il est donc évident que « la révolution » n'a pas eu lieu.

[1] v., BARANGER, D., « L'histoire constitutionnelle et la science du droit constitutionnel », *art. cit.,* p.134. L'adjectif « ancillaire » est synonyme de « serviteur ». (Du latin, *« ancilla »* signifiant « servante, esclave ».)

CONCLUSION GENERALE :
« La révolution n'a pas eu lieu »

1207. Au terme de cette étude, une conclusion s'impose : « la révolution de 1958 n'a pas eu lieu. » Cette conclusion est ancienne – elle date des années 1970 et se trouve formulée par Jean Rivero[1] au terme du colloque d'Aix-en-Provence – mais les moyens d'y parvenir sont nouveaux. Si la « révolution n'a pas eu lieu », c'est moins le fait d'une *« résistance »*[2] de la pratique de la Ve République aux changements, que parce qu'elle avait déjà eu lieu (§1) et qu'elle n'avait plus lieu d'être (§2).

§1. Parce qu'elle avait déjà eu lieu

1208. L'émancipation du pouvoir réglementaire est un acquis du droit constitutionnel des IIIe et IVe Républiques. Elle se réalise progressivement, sous la pression des évènements, entre 1914 et 1958. De ce point de vue, la « révolution » – supposément réalisée par le dispositif des articles 13, 16, 21, 34, 37, 38, 41, 92 de l'actuelle Constitution et l'avènement du Conseil constitutionnel – avait déjà eu lieu, dans les décennies antérieures. Ici, se trouvent corroborés les résultats de l'étude d'Olivier Steck[3]. La Constitution du 4 octobre 1958 est davantage un point d'arrivée, qu'un point de départ. Ses innovations méritent d'être relativisées, et replacées dans une généalogie qui en révèlent les filiations. Les crises du XXe siècles sont effectivement génératrices d'une mutation des fonctions politico-sociales de l'Etat (le passage du libéralisme à l'interventionnisme), elle-même à l'origine d'une mutation de ses fonctions juridiques. Entre 1914 et 1958, l'inadaptation des institutions parlementaires à surmonter ces crises (militaires, coloniales, économiques, sociales et financières) aboutit donc à une redistribution des fonctions de législation dans l'Etat. L'Exécutif acquiert des fonctions *primaires* de législation : progressivement l'exécution des lois, n'est plus ni le fondement, ni le champ exclusif du pouvoir réglementaire. Ce dernier tire alors sa justification juridique de la sauvegarde et de la continuité de l'Etat. Il devient l'instrument de « l'adaptation réactive »[4] des institutions républicaines aux circonstances ordinaires, ou extraordinaires, qu'elles

---

[1] RIVERO, J., « Rapport de synthèse », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* p.263

[2] Tel est le sens de la démonstration de Jean Rivero, en 1977, qui distingue la résistance des choses, la résistance des hommes et la résistance des évènements (*ibid.,* p.265-267) de la Ve République à la « révolution de 1958 ».

[3] STECK, O., *op. cit.,* p.531 et s.

[4] Sur ce concept, v. NAPOLI, P., « Police et société. La médiation symbolique du droit. », *art. cit.,* p.136

entendent régir. Il en résulte que le pouvoir réglementaire est un pouvoir essentiellement discrétionnaire. La mise en relation – hiérarchique ou matérielle – de la loi et du règlement, sur la période 1914-1958, révèle (par autolimitation ou hétérolimitation parlementaires) la part croissante de liberté laissée à l'Exécutif dans la détermination du contenu des prescriptions générales et impersonnelles applicables sur l'ensemble du territoire national, métropolitain ou ultra-marin. En conférant au pouvoir réglementaire un fondement et un champ irréductibles à l'exécution des lois, la Constitution du 4 octobre 1958 ne fait que formaliser cet état des choses. Ce faisant, elle comble la lacune progressivement identifiée entre 1914 et 1958 en résorbant le décalage entre les textes et les pratiques, et en réconciliant la légitimité et la légalité constitutionnelles.

1209. Ces considérations permettent de relativiser, voire d'invalider, l'existence d'une « révolution » en 1958. D'abord, il est évident que s'il existe une révolution, elle n'a rien d'une révolution *juridique.* Le système de 1958 tire sa validité formelle de son appartenance à l'ordre juridique de la IVe République, lui-même fondé par la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945. Le titre V de la Constitution de la Ve République n'est pas produit en violation des normes de production de normes en vigueur, mais procède d'une chaîne de validité, ininterrompue depuis 1945, dont on peut l'imputer. S'il existe une révolution en 1958, elle est donc exclusivement politico-sociale ; et doit s'entendre dans son sens général et commun, en tant que *« mutation radicale d'un ordre établi »*[5], envisagée dans ses effets[6] sur l'ordre nouveau. Or, – et deuxièmement – « l'ordre établi » par la Constitution de 1958 n'est pas réellement différent, dans ses effets, de celui progressivement établi entre 1914 et 1958. Les articles 16, 34, 37, 38, 41 et 92 ne sont pas moins « révolutionnaires » – dans leur conséquence sur le fonctionnement du système parlementaire, et dans l'atteinte qu'ils portent aux « principes de 1789 » – *que* la jurisprudence des circonstances exceptionnelles du Conseil d'Etat (bâtie sous la Première guerre mondiale), *que* l'expérience des pleins-pouvoirs et des décrets-lois inaugurés, pendant l'entre-deux-guerres, à l'initiative de Raymond Poincaré, *que* l'exercice du pouvoir réglementaire autonome du Président de la République dans les colonies, ou les territoires d'outre-mer, ou encore *que* la théorie des « matières réglementaires par nature » imaginée, à l'été 1948, par la Commission permanente du Conseil d'Etat etc. Ces expériences affectent – de manière semblable – les équilibres constitutionnels (idéels ou réels) dans lesquels la République parlementaire s'était enracinée à la fin du XIXe siècle. Chacune

[5] POIRAT, F., « Révolution », *in :* ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.,* p.1361-1366, spéc. p.1362

[6] DEROSIER, J.-Ph., « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *art. cit.,* p.396

de ces expériences fait d'ailleurs l'objet – en son temps – de la même hostilité. Toutes réveillent, dans les mêmes termes, les plus profondes « hantises » de l'idée républicaine[7], bâtie dans l'exaltation des « principes de 1789 » et la détestation du pouvoir personnel. Les pleins-pouvoirs sollicités par Aristide Briand, en 1916, les décrets-lois disputés à Raymond Poincaré, en 1924, occasionnent les mêmes résistances intellectuelles, et entraînent les mêmes incidences institutionnelles, que la réserve réglementaire envisagée par le Gouvernement de Gaulle en 1958. Donc – et enfin – il existe, entre 1914 et 1958, une constance des manifestations et des représentations du pouvoir réglementaire, qui suffit à relativiser, sinon à invalider, l'idée de « révolution », fût-elle politico-sociale. Règlements de nécessité, décrets-lois, règlements autonomes, avis du 6 février 1953, matières règlementaires « par nature » etc. ne sont pas des *« curiosités »*[8] de l'histoire constitutionnelle française, mais témoignent d'une émancipation progressive du pouvoir réglementaire, réclamée par la conjoncture du XXe siècle, qu'accompagne – et que tempère – une réactualisation des structures de l'idée républicaine, toujours enracinée dans l'héritage de la Révolution française. Moins qu'une « révolution », l'émancipation du pouvoir réglementaire est donc le fruit d'une évolution irrésistible du système parlementaire, des perceptions et des fonctions de l'Exécutif dans les démocraties occidentales contemporaines. Si la « révolution de 1958 n'a pas eu lieu », c'est aussi qu'elle n'avait plus lieu d'être.

§2. Parce qu'elle n'avait plus lieu d'être

1210. *« Ah ! si nous avions la possibilité de faire surgir demain une majorité nette et constante (...) »*[9]. Ces mots de Michel Debré devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, le 27 août 1958, témoignent du contexte d'élaboration du titre V de la Constitution de la Ve République. Paradoxalement, c'est lorsqu'ils entrent en vigueur, en 1958, que les articles 34, 37 et 41 du nouveau texte constitutionnel perdent leur utilité. Imprévisible, l'avènement du fait majoritaire – cette fusion organique et fonctionnelle du Gouvernement et (de tout ou partie) des Chambres au sein d'une même majorité politique[10] – rend accessoires les artifices du parlementarisme rationalisé. Personne ne s'y trompe, y compris sous la IVe République[11].

---

[7] NICOLET, C., *op. cit.,* p.267 et s.

[8] Michel Verpeaux avait pressenti cette conclusion (v. « Préface », *in :* STECK, O., *op. cit.,* p.VI)

[9] Discours de Michel Debré devant l'Assemblée générale du Conseil d'Etat, du 27 août 1958, *DPS,* vol. 3, p.261

[10] LE DIVELLEC, A., « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *art. cit.,* p.132-133

[11] v., les propos de Roger Pinto, commentant la loi du 17 août 1948 : *« Ces moyens techniques seront peu efficaces, s'il n'existe aucune majorité, cohérente et stable, pour les mettre en œuvre. »* (La loi du 17 août 1948

La coordination des domaines de la loi et du règlement fait figure d'expédient, censé compenser les imperfections de la défaillance majoritaire, essentielle au fonctionnement du système parlementaire. Dès 1962, les données politiques sont réunies pour l'apparition du fait majoritaire : à la confrontation Gouvernement / Parlement succède désormais la confrontation majorité / opposition[12]. Ce nouvel équilibre institutionnel redéfinit rapidement l'équilibre du système imaginé en 1958[13]. Paradoxalement, ces articles qui occupent la majorité relative des travaux constituants de la Ve République, et qui soulèvent les plus vives oppositions, se trouvent être ceux qui tombent le plus rapidement en désuétude[14].

1211. Et pourtant, en ce XXIe siècle de « prolifération législative »[15], la rationalisation des fonctions de législation dans l'Etat retrouve une actualité. En témoignent la procédure de « législation en commission »[16], récemment pérennisée par le règlement du Sénat[17], l'affermissement du contrôle de l'application des lois[18], et le regain d'intérêt que suscite – à tout le moins au Sénat – la mise en œuvre de l'article 41 de la Constitution[19]. Quant à l'article 37, alinéa 2, son utilisation devant le Conseil constitutionnel demeure fréquente[20] ; elle est d'ailleurs en augmentation tendancielle depuis l'an 2000[21], et atteint un pic en 2015.

---

tendant au redressement économique et financier », *art. cit.,* p.545) ; v. encore, les propos de René Chapus, commentant la loi du 11 juillet 1953 : *« On ne peut trop espérer d'une amélioration des méthodes de travail du Parlement, car son impuissance tient moins à la lenteur de sa procédure (...) qu'à l'absence de majorité homogène, – et ceci est lié à une structure politique du pays contre laquelle les lois électorales les plus déformantes n'ont qu'assez peu de pouvoir. »* (« La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *art. cit.,* p.1003)

[12] BENETTI, J., « L'impact du fait majoritaire sur la nature du régime (Réflexions sur le régime parlementaire de la Ve République) » *LPA,* 10 juillet 2008, n°138, p.20-25

[13] v. notamment, FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.* ; PEZANT, J.-L., « Loi / règlement, la construction d'un nouvel équilibre », *Revue française de science politique,* 1984, n°4-5, p.922-954

[14] Le terme est de Louis Favoreu (« Avant-propos », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement, op. cit.,* 2e éd., p.10)

[15] v. les propos du Président de la République (J.O.D.P., Congrès du Parlement, séance du 3 juillet 2017, p.6)

[16] En réalité, il s'agit d'un simple encadrement (d'ailleurs conditionné) du droit d'amendement, dont on limite l'exercice à l'examen du texte en commission. La procédure ne dispense pas d'une discussion générale et d'un vote solennel en séance publique.

[17] Articles 47 *ter* à 47 *quinquies* du règlement du Sénat, adoptés le 14 décembre 2017 (v. la résolution pérennisant et adaptant la procédure de législation en commission, n°27, session ordinaire 2017-2018), sur le fondement de l'article 16 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution (J.O.R.F. du 16 avril p.6528) et sur le fondement de l'article 44 de la Constitution.

[18] Il s'agit encore d'une initiative du Sénat, qui date des années 1970. Entre 2011 et 2014, elle avait donné lieu à la création d'une commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois (chapitre X bis de l'instruction générale du bureau du Sénat) v. par exemple, J.O.R.F., Documents du Sénat, Rapport d'information sur le bilan annuel de l'application des lois au 31 mars 2019, fait par Madame Valérie Létard, n°542, 4 juin 2019, 554 pages

[19] v. *Vademecum* sur la procédure de déclaration des irrecevabilités en application de l'article 41 de la Constitution (domaine de la loi), Réunion de la conférence des présidents du 29 juin 2017 [En ligne]

[20] 278 décisions « L » rendues, par le Conseil constitutionnel, depuis 1959 (soit, 4,55 en moyenne par an)

[21] Depuis cette date, le Conseil constitutionnel rend, en moyenne, 5,13 décisions sur le fondement de l'article 37, alinéa 2. De 2000 à 2018 le nombre de décisions ainsi rendues augmente en moyenne de 1,92 % par an (il progresse de 47,77 % sur l'ensemble de la période considérée).

1212. Mais là n'est pas l'essentiel. A l'heure, et en dépit, de la discussion du « projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique »[22], les pratiques législatives demeurent identiques à celles inaugurées, et irrésistiblement employées, depuis 1914, au cours du cycle d'émancipation du pouvoir réglementaire. Entre 2012 et 2018, on compte 346 lois pour 350 ordonnances[23], soit moins d'une loi pour une ordonnance. La législation parlementaire n'est donc plus, en France, la principale source d'édiction du droit primaire. En 1969, le député Guy Bégué considère que : *« nous sommes sortis insensiblement de l'ère de la loi pour entrer dans l'ère du règlement. »*[24] Cinquante ans plus tard, l'analyse doit être pleinement confirmée, sans manquer de susciter quelque inquiétude quant à l'état de notre démocratie parlementaire.

* *
*

Paris, le 26 septembre 2019.

[22] Déposé le 29 août 2019 sur le bureau de l'Assemblée nationale, sous le numéro 2205 (J.O.R.F. du 30 août, texte n°129)
[23] Hors les lois relevant du champ de l'article 53 de la Constitution. v. Statistiques de la norme, [En ligne : https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Statistiques-de-la-norme2]
[24] J.O.D.P., Assemblée nationale – séance du 23 octobre 1969, page 2861

BIBLIOGRAPHIE GENERALE

– TABLE DES SOURCES –

SOURCES IMPRIMEES **815**

SOURCES PRIMAIRES 815

Ouvrages collectifs 815

Monographies 815

Cours 820

Thèses 821

Articles, contributions et notes 822

Articles de presse 831

Conclusions 832

Autres sources 833

SOURCES SECONDAIRES 834

Ouvrages collectifs 834

Monographies 836

Thèses 838

Articles, contributions et notes 840

SOURCES D'ARCHIVES **851**

FONDS D'ARCHIVES PUBLIQUES 851

Archives du Conseil d'Etat 851

Archives de la Présidence de la République 852

Archives publiées 852

Archives numérisées 852

FONDS D'ARCHIVES PRIVEES 853

Archives de René Cassin 853

Archives de André Chandernagor 854

Archives du Rassemblement du peuple français (RPF) 854

SOURCES IMPRIMEES

SOURCES PRIMAIRES[1]

Ouvrages collectifs

AA. VV., Mélanges R. Carré de Malberg, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages

AA. VV., La constitution de quarante-six, les précédents, les problèmes, les solutions, les opinions et les projets, Paris : A.C.T.E.S, 1945, 134 pages

AA. VV., Conseil d'Etat : Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949, Dalloz Sirey, 1952, 692 pages

FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Paris : Dalloz, 2006, 425 pages, [Reproduction en fac-similé de la première édition de Paris : Sirey, 1956] ; réédition présentée par Pascale Gonod

MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages]

Monographies

AURIOL, V., *Mon septennat 1947-1954* (notes de journal présentées par Pierre Nora et Jacques Ozouf), coll. « Témoins », Paris : Gallimard, 1970, 606 pages

BARDOUX, J., *La France de demain : son gouvernement, ses assemblées, sa justice,* Paris : Dalloz, 2006, 291 pages, [Reproduction en fac-similé de l'édition de Paris : Sirey, 1936] ; réédition présentée par Gilles Le Béguec

BARNI, J., *Manuel républicain,* Paris : Librairie G. Baillières, 1872, 120 pages

BARTHELEMY, J., *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes,* Paris, 1907, 762 pages

BARTHELEMY, J., DUEZ, P., *Traité de droit constitutionnel,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, Reproduction en fac-similé de l'édition refondue de Paris : Dalloz, 1933 augmentée de la préface d'origine de 1926, 955 pages

BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., Paris : A. Rousseau, 1900-1901, 933 pages

BERTHELEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif,* 13e éd., Paris : Rousseau et cie, 1933, 1186 pages

BERTHELEMY, H., RIVERO, J., *Cinq ans de réformes administratives : 1933-1938 : supplément à la XIIIe édition du Traité élémentaire de droit administratif,* 13e éd., Paris : Rousseau & Cie, 1938, 308 pages

BLUM, L., *La réforme gouvernementale,* Paris : B. Grasset, 1936, 235 pages

BONNARD, R., *Les actes constitutionnels de 1940,* Paris : LGDJ, 1942, 178 pages

[1] Les sources primaires sont produites entre 1914 et 1958. Elles sont exploitées en tant qu'objet d'étude.

BONNARD, R., *Précis de droit administratif,* 4e éd., Paris : LGDJ, 1943, 786 pages

BONNARD, R., *Précis de droit public,* 6e éd., Paris : Sirey, 1944, 444 pages

BONNARD, R., DUVERGER, M., *Précis de droit public,* 7e éd. entièrement refondue et mise à jour, Paris : Sirey, 1946, 375-12 pages

BURDEAU, G., *Le régime parlementaire dans les Constitutions européennes d'après-guerre,* Paris : Les éditions internationales, 1932, 445 pages

BURDEAU, G., *Droit constitutionnel,* 5ème éd. entièrement refondue, Paris : LGDJ, 1947, 317 pages

BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome I, Le pouvoir politique,* Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1949, 499 pages

BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome II, L'Etat,* Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1949, 577 pages

BURDEAU, G., *Traité de science politique. T.III, Le statut du pouvoir dans l'Etat,* Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1950, 620 pages

BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome IV, Les régimes politiques,* Paris : LGDJ : R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1952, 506 pages

BURDEAU, G., *Traité de science politique. Tome V, les régimes politiques,* 3e éd., Paris : LGDJ, 1985, 608 pages

BURDEAU, G., *La démocratie,* Paris : Seuil, 1956, nouvelle éd., 185 pages

BURDEAU, G., *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 8ème éd. entièrement refondue, Paris : LGDJ, 1959, 512 pages

BURDEAU, G., *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2011, 673 pages

CAPITANT, R., *Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages

CAPITANT, R., *Ecrits constitutionnels,* Paris : 1982, CNRS éditions, 488 pages

CAPITANT, R., *Pour une constitution fédérale,* Paris : Renaissances, 1945, 63 pages

CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par droit constitutionnel français,* tome 1, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1920, 837 pages

CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat : spécialement d'après les données fournies par droit constitutionnel français,* tome 2, Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1922, 638 pages

CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale : étude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1931, 228 pages

CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 pages

CHARDON, H., *Le pouvoir administratif,* Nouvelle édition, augmentée, Paris : Perrin, 1912, 483 pages

DEBRE, M., MONICK, E., *Refaire la France. L'effort d'une génération.* Paris : Plon, 1945, 180 pages

DEBRE, M., *La République et son pouvoir,* Paris : Nagel, 1950, 208 pages

DEBRE, M., *Trois républiques pour une France, 2, 1936-1958, Agir : dix ans d'opposition, le retour du Général de Gaulle, une nouvelle constitution,* Paris : Albin Michel, 1988, 460 pages

DUGUIT, L., *Les transformations du droit public,* Paris : Armand Colin, 1913, 285 pages

DUGUIT, L. *Manuel de droit constitutionnel : théorie générale de l'Etat, le droit et l'Etat* 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1918, 589 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : La Règle de droit, le problème de l'Etat,* tome 1, 2e éd., Paris : E. de Boccard, 1921, 763 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : Théorie générale de l'Etat,* tome 2, 2e éd., Paris : E. de Boccard, 1923, 719 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : Théorie générale de l'Etat (suite et fin),* tome 3, 2e éd., Paris : E. de Boccard, 1923, 800 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : L'Organisation politique de la France,* tome 4, 2e éd., Paris : E. de Boccard, 1924, 937 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : Les Libertés publiques,* tome 5, 2e éd., Paris : E. de Boccard, 1925, 703 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : La Règle de droit, le problème de l'Etat,* tome 1, 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1927, 763 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : Théorie générale de l'Etat,* tome 2, 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1928, 888 pages

DUGUIT, L., *Traité de droit constitutionnel : Théorie générale de l'Etat (suite et fin),* tome 3, 3e éd., Paris : E. de Boccard, 1930, 856 pages

DUVERGER, M., *Constitutions et documents politiques,* Paris : PUF, 8e éd., 1978, 871 pages

DUVERGER, M., *Constitutions et documents politiques,* Paris : PUF, 14e éd., 1996, 1067 pages

DUVERGER, M., *Manuel de droit constitutionnel et de science politique,* 5e éd., Paris : Presses universitaires de France, 1948, 403 pages

DUVERGER, M., *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 1ère éd., Paris : Presses universitaires de France, 1955, 651 pages

DUVERGIER, J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'Etat,* Paris : A. Guyot et Scribe, 1824-1949, 158 vol.

EISENMANN, C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques,* Paris : Ed. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2002, 668 pages

ESMEIN, A., *Eléments de droit constitutionnel,* Paris : Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1896, 841 pages

ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* 7e éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1921, 2 tomes, 600 pages et 677 pages

ESMEIN, A., NEZARD, H., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* 8e éd., Paris : Recueil Sirey, 1927-28, 648 pages et 725 pages

GIRAUD, E., *Le pouvoir exécutif dans les démocraties d'Europe et d'Amérique,* Paris : Sirey, 1938, 414 pages

GIRAUD, E., *La crise de la démocratie et le renforcement du pouvoir exécutif,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1938, 184 pages

GIRAUD, E., *La reconstruction politique de la France,* Paris : Flammarion, 1945, 239 pages

GORDON, E., *Les nouvelles constitutions européennes et le rôle du chef de l'Etat,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1932, 436 pages

GRUNEBAUM-BALLIN, P., *Vœux pour la Quatrième République,* Paris : Sagittaire, 1945, 168 pages

HAIKAL, Y., *Le Président du Conseil et l'évolution du parlementarisme en France. Etude juridique, politique et critique,* Paris : Librairie L. Rodstein, 1937, 536 pages

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif,* 1ère éd., Paris : L. Larose et Forcel, 1892, 783 pages

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public : à l'usage des étudiants en licence (2e et 3e années) et en doctorat ès-sciences politiques,* 10e éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1921, 942 pages

HAURIOU, M., *Principes de droit public,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 2010, Reproduction en fac-sim. de l'éd. de Paris : Sirey, 1910, 734 pages

HAURIOU, M., *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques,* 2e éd., Paris : L. Tenin, 1916, 828 pages

HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel,* 1ère éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1923, 742 pages

HAURIOU, M., *Précis de Droit Constitutionnel,* 2e éd., Paris : Dalloz, 2015, Reproduction en fac-similé de la 2e édition de Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 759 pages

HAURIOU, M., *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 ; d'après les notes d'arrêts du Recueil Sirey réunies et classées par André Hauriou,* 3 tomes, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1929, 743 pages, 764 pages et 846 pages

HAURIOU, M., *Précis de droit administratif et de droit public,* 12e éd., Paris : Dalloz, 2002, Reproduction en fac-similé de la 12e édition de, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 1150 pages

ISAMBERT, F.-A., *Du pouvoir réglementaire ou de la nature et de la force des ordonnances,* Corréard : Paris, 1821, 48 pages

JEZE, G., *L'Exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs (Angleterre, Italie, Suisse)* Paris : Giard et Brière, 1917, 180 pages

JEZE, G., *Les principes généraux du droit administratif. Tome 1, La technique juridique du droit public français,* 3e éd., Paris : Dalloz, 2005, Reproduction en fac-similé de la 3e édition de, Paris : M. Giard, 1925, 443 pages

JEZE, G. *Les principes généraux du droit administratif. Tome 2, La notion de service public, les individus au service public, le statut des agents publics,* Paris : Dalloz, 2003, Reproduction en fac-similé de la 3e édition de, Paris : M. Giard, 1925, 848 pages

KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* 1ère éd. française traduite par Henri Thévenaz, Neuchâtel : éditions de la Baconnière, 1953, 205 pages

LABAND, P., *Le droit public de l'Empire allemand,* t.2, Paris : V. Giard et E. Brière, 1901, 714 pages

LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* tome 1er, 1ère éd., Paris : Berger-Levrault et cie, 1887, 670 pages

LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* tome 2, 1ère éd., Paris : Berger-Levrault et cie, 1888, 675 pages

LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* tome 1, 2e éd., Paris ; Nancy : Berger-Levrault et cie, 1896, 724 pages

LAFERRIERE, E., *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* tome 2, 2e éd., Paris ; Nancy : Berger-Levrault et cie, 1896, 709 pages

LAFERRIERE, J., *Le nouveau droit public de la France : recueil méthodique des textes constitutionnels et administratifs publ. du 10 juillet 1940 au 31 juillet 1941,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1941, 428 pages

LAFERRIERE, J., *Manuel de droit constitutionnel,* 2e éd., Paris : Domat-Montschrestien, 1947, 1112 pages

LAGRANGE, M., *Le nouveau régime législatif de la France d'outre-mer,* Paris : Sirey, 1948, 109 pages

LAUBADERE (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* Paris : LGDJ, 1952, 844 pages

LAUBADERE, (De), A., *Traité élémentaire de droit administratif,* 2e éd., 1957, Paris : LGDJ, 823 pages

LIET-VEAUX, G., *Droit constitutionnel,* Paris : Editions Rousseau, 1949, 342 pages

MALEVILLE, G., *Conseiller d'Etat, témoignage,* Paris : Litec, 1979, 265 pages

MAYER, O., *Le droit administratif allemand,* t.1, Paris : V. Giard et E. Brière, 1903, 318 pages

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., *Les constitutions de l'Europe nouvelle : avec les textes constitutionnels,* Paris : Librairie Delagrave, 2 vol., 10e éd., 1938, 638 pages

MOREAU, F., *Le règlement administratif : étude théorique et pratique de droit public français,* Paris : Fontemoing, 1902, 524 pages

MOREAU, F., *Précis élémentaire de droit constitutionnel : organisation des pouvoirs publics et libertés publiques,* 9e éd., Paris : L. Larose et Forcel, 1921, 595 pages

PIERRE, E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire, Supplément,* 4e édition refondue, Paris : Librairies-Imprimeries réunies, 1919, 1629 pages

PINTO, R., *Eléments de droit constitutionnel,* 2e éd., Lille : Morel et Corduant, 1952, 579 pages

PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 1948, 606 pages

PRELOT, M., *Précis de droit constitutionnel,* 3e éd., Paris : Dalloz, 1955, 556 pages

PRELOT, M., *Pour comprendre la nouvelle constitution : études et documents,* Paris : Centurion, 1958, 191 pages

RENOUVIN, P., *Les formes du gouvernement de guerre,* Paris : Presses universitaires de France ; New Haven : Yale University Press, 1925, 185 pages

RIPERT, G., *Le déclin du droit : études sur la législation contemporaine,* Paris : LGDJ, 1999, 225 pages, Reprod. photomécanique de l'éd. de : Paris : LGDJ, 1949

RIPERT, G., *Les forces créatrices du droit,* 2e éd., 1955, LGDJ, coll. Reprint, 1998, 423 pages

RIVERO, J., *Droit administratif,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 1960, 551 pages

ROEDERER, P.-L., *Du Gouvernement,* Paris : impr. du Journal de Paris, 1795, 60 pages

ROLLAND, L., *Précis de droit administratif,* 2e éd., Paris : Dalloz, 1928, 508 pages

ROLLAND, L., LAMPUE, P., (*et al.*), *Législation et finances coloniales,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930, 784 pages

ROLLAND, L., LAMPUE, P., *Précis de législation coloniale,* 3e éd., Paris : Dalloz, 1940, 565 pages

ROLLAND, L., LAMPUE, P., *Droit d'outre-mer,* Paris : Dalloz, 3e éd., 1958, 459 pages

ROUSSEAU, J.-J., *Du Contrat Social,* 1762, [édition revue et mise à jour en 2012], Paris : Flammarion, 2012, 255 pages

SCELLE, G., BERLIA, G., *La réforme constitutionnelle : sa préparation – ses bases,* Paris : éditions Bourrelier et cie, 1945, 125 pages

SCHMITT, C., *Légalité, légitimité,* trad. William Gueydan de Roussel, Paris : LGDJ, 1936, 102 pages

SCHMITT, C., *Théorie de la Constitution,* trad. Lilyane Deroche avec le concours de Olivier Beaud ; préface de Olivier Beaud, Paris : PUF, 2008, 576 pages

SIMON, P.-H., *De la République. Essai sur la future Constitution de la France,* Paris : Plon, 1945, 191 pages

TARDIEU, A., *L'heure de la décision,* Paris : E. Flammarion, 1934, 281 pages

VEDEL, G., *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* Paris : Sirey, 1949, 616 pages

WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 1ère éd., Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1936, 688 pages

WALINE, M., *Manuel élémentaire de droit administratif,* 4e éd., Paris : Sirey, 1946, 556 pages

WALINE, M., *Traité élémentaire de droit administratif,* 5e éd., Paris : Sirey, 1950, 603 pages

WALINE, M., *Droit administratif,* 7e éd., Paris : Sirey, 1957, 892 pages

WALINE, M., *Droit administratif. Mise à jour de la Constitution de 1958. Supplément, mise à jour au 15 juillet 1959,* 8e éd., Paris : Sirey, 1959, 58 pages

Cours

BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel,* 4ème éd. refondue et mise à jour, Paris : LGDJ, 1946, 279 pages

BURDEAU, G., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957,* Paris : les cours de droit, 1957, 603 pages

CAPITANT, R., *Principes du droit public : les principes de la démocratie : 1952-1953*, Paris : les cours de droit, 1952/53, 344 pages, réédité *in : Ecrits constitutionnels,* Paris : CNRS, 1982, 485 pages

CAPITANT, R., *Cours de principes du droit public : la hiérarchie des pouvoirs en droit public français : doctorat : 1955-1956*, Paris : les cours de droit, 1956, 354 pages

DONNEDIEU DE VABRES, J., *Les institutions politiques françaises : 1955-1956,* Paris : Les cours de droit, 4 fascicules, 632 pages

EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 1, Paris : LGDJ, 1982, 786 pages

EISENMANN, C., *Cours de droit administratif,* tome 2, Paris : LGDJ, 1983, 908 pages

HAURIOU, A., *Cours de droit constitutionnel et des institutions politiques : 1955-1956,* Paris : Les cours de droit, 1955/56, 657 pages

HAURIOU, A., *Cours de droit constitutionnel et institutions politiques : 1956-1957,* Paris : Les cours de droit, 1957, 846 pages

LAUBADERE (De), A., *Cours de droit constitutionnel : 1951-1952,* Paris : Les cours de droit, 364 pages

ODENT, R., *Contentieux administratif,* Paris : Les cours de droit, 1957-1958, 981 pages

ODENT, R., *Contentieux administratif,* Paris : Les cours de droit, 1965-1966, 1429 pages

PICHAT, G., *La vie politique et l'organisation administrative : cours à l'Ecole libre des sciences politiques,* Paris : Centre de Documentation Universitaire, 1939-1940, 163 pages

SOLAL-CELIGNY, J., *Droit public approfondi : la loi et le règlement,* fascicule 1, Paris : FNSP, « Cours de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris, 1972-1973 », 1973, 207 pages

VEDEL, G., *Cours de droit constitutionnel : 1954-1955,* Paris : Les cours de droit, 1955, 883 pages

VEDEL, G., *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques : 1959-1960,* Paris : Cours de droit, 1960, 1203 pages

WALINE, M., *Cours de droit constitutionnel : 1951-1952,* Paris : Les cours de droit, 1952, 501 pages

Thèses

ARNE, S., *Le Président du Conseil des ministres sous la IVe République,* Paris : LGDJ, 1962, 463 pages

BATAILLER, F., *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel,* coll. « Bibliothèque de droit public », t. LXVIII, Paris, LGDJ, 1966, 675 pages

BONNEAU, H., *La distinction entre la loi et le règlement sous l'empire des actes constitutionnels de 1940-1942,* Paris : Pédone, 1944, 263 pages

BORELLA, F., *L'évolution politique et juridique de l'Union Française depuis 1946,* Paris : LGDJ, 1958, 499 pages

COTTERET, J.-M., *Le pouvoir législatif en France,* Paris : LGDJ, 1962, 191 pages

DELVOLVE, J., *Les « délégations de matières » en droit public,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1930, 355 pages

DULONG, Y., *Le pouvoir exécutif dans la Constitution de 1946,* Thèse : Paris, 1949, 390 pages

GOUET, Y., *La question constitutionnelle des prétendus décrets-lois,* Paris : Dalloz, 1932, 264 pages

GRANEL, P., *Notion et rôle du pouvoir exécutif en droit public français,* Thèse : Toulouse, 1957, 259 feuilles

JEANNEAU, B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative,* Paris : Sirey, 1954, 287 pages

LACHAUME, J.-F., *La hiérarchie des actes administratifs exécutoires en droit public français,* Paris : LGDJ, 1966, 343 pages

MIGNON, M., *La pratique des décrets-lois et les principes généraux du droit public,* Paris : Dalloz, 1938, 296 pages

NIZARD, L., *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, Paris : LGDJ, 1962, 293 pages

PICHAT, A., *Les décrets en matière législative,* Paris : Dalloz, 1935, 253 pages

POISOT, M. *L'extension progressive du pouvoir réglementaire du Président de la République sous l'empire des lois constitutionnelles de 1875,* Paris : Sirey, 1941, 120 pages

QUERMONNE, J.-L., *L'évolution de la hiérarchie des actes juridiques en droit public français,* Thèse : Caen, 1952, 281 pages

REGLADE, M., *La coutume en droit public interne,* Thèse : Bordeaux, 1919, Impr. De l'Univ., 303 pages

RUSU, D., *Les décrets-lois dans le régime constitutionnel de 1875,* Bordeaux : Delmas, 1942, 395 pages

SIRAT, C., *La notion de loi,* Thèse : Paris, 1955, 503 pages

SOUBEYROL, J., *Les décrets-lois sous la IVe République,* Bordeaux : Samie, 1955, 232 pages

TEITGEN, P.-H., *La police municipale générale : L'ordre public et les pouvoirs du maire,* Paris : Sirey, 1934, 519 pages

THERY, J., *Le pouvoir gouvernemental dans les institutions de la IVe République : la présidence de la République, les ministres, la responsabilité, la dissolution, le parlementarisme et la démocratie,* Paris : LGDJ, 1949, 318 pages

VENEZIA, J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire,* Paris : LGDJ, 1958, 175 pages

Articles, contributions et notes

AA. VV., « Le travail parlementaire en France, en Grande-Bretagne, aux Etats-Unis et en Suisse », *Revue française de science politique,* n°4, octobre-décembre 1954, p.674-868

AA. VV., « La Constitution de la Ve République », *Revue française de science politique,* n°1, mars 1959, p.5-228

AUBY, J.-M., « L'obligation gouvernementale d'assurer l'exécution des lois », *JCP G,* 1953, I, 1080

AUBY, J.-M., « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux », *RDP*, n°3, 1959, p.431-460

AUBY, J.-M., « Le milieu juridique de l'Administration », *in :* AUBY, J.-M., BANDET, P., BOULET, L., *et al., Traité de science administrative,* Paris : Mouton & Co, 1966, 901 pages, spéc. p.175-224

BARTHELEMY, J., « De la liberté du Gouvernement à l'égard des lois dont il est chargé d'assurer l'exécution », *RDP,* 1907, p.295-311

BARTHELEMY, J., « Notes sur le droit public en temps de guerre », *RDP,* 6 articles, 1915, p.134-162, p.310-359, p.545-575 ; 1916, p.73-119, p.295-304 ; p.552-586 ; 1917, p.146-151

BARTHELEMY, J., « Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre », *in :* JEZE, G., BARTHELEMY, J., RIST, C., et ROLLAND, L., *Problèmes de politiques et finances de guerre, conférences faites à l'École des hautes études sociales en janvier-février 1915 sur quelques problèmes financiers, politiques, administratifs et économiques soulevés par la guerre,* Paris : F. Alcan, 1915, 229 pages, spéc. p.99-130

BARTHELEMY, J., « Le Gouvernement législateur. Le projet de délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire,* avril 1917, p.5-20

BARTHELEMY, J., « Le gouvernement par les spécialistes et la récente expérience anglaise », *Revue des sciences politiques,* tome 39, janvier-juin 1918, p.193-208

BARTHELEMY, J., « Interprétation et défense de la Constitution de 1875 », *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.68-2 à 10.68-5

BARTHELEMY, J., « Un tournant dans les conceptions françaises sur la loi », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle,* 1939, n°2, p.161-168

BASTID, P., « Les deux constitutions de 1946 et le gouvernement d'assemblée », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.25-41

BERTHELEMY, H., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République », *Revue politique et parlementaire,* 1898, n°1, p.5-15, n°2, p.322-335

BERTHELEMY, H., « De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *RDP,* 1904, p.209-227

BERTHELEMY, H., « Défense de quelques vieux principes. La loi et le règlement », *in : Mélanges Maurice Hauriou,* Paris : Sirey, 1929, 832 pages, spéc. p.821-825

BERTRAND, A., « La Présidence du Conseil et le Secrétariat Général du Gouvernement », *RDP,* 1948, pages 435-451

BERTRAND, L., « Propos autour des articles 34, 37 et 41 de la Constitution », *EDCE,* 1959, p.67-76

BIENVENU, A., « Le législateur colonial », *RDP,* 1929, p.224-242

BOIVIN-CHAMPEAUX, J., « Renouveau constitutionnel », *Revue politique et parlementaire,* octobre 1945, p.15-20

BONNARD, R., « Joseph Barthélémy. - *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes* (Paris, Giard et Brière – 1907 – 702 pages – 15fr.) », *RDP,* 1907, p.596-601

BONNARD, R., « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », *RDP,* 1923, p.363-392

BONNARD, R., « Les décrets-lois du ministère Poincaré », *RDP,* 1927, p.248-288

BONNARD, R., « La théorie de la formation du droit par degrés dans l'œuvre d'Adolph Merkl », *RDP,* 1928, p.668-696

BONNARD, R., « Le droit public et la guerre », *RDP,* 1939, p.549-647

BOUFFANDEAU, T. « La continuité et la sauvegarde des principes du droit public français entre le 16 juin 1940 et l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution. 1. Le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la libération du territoire métropolitain », *EDCE,* n°1, 1947, p.23-27

BOUYSSOU, F., « L'introuvable notion d'affaires courantes : l'activité des gouvernements démissionnaires sous la Quatrième République », *Revue française de science politique,* vol. 20, n°4, 1970, p.645-680

BURDEAU, G., « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* n°1-2, 1939, p.7-55

BURDEAU, G., « Remarques sur la classification des fonctions étatiques », *RDP,* 1945, p.202-228

BURDEAU, G., « La fonction gouvernementale », *Revue politique et parlementaire,* 1946, p.208-213, reproduit *in :* BURDEAU, G., préface DENQUIN, J.-M., *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2011, 673 pages, spéc. p.155-160

BURDEAU, G., « Le régime des pouvoirs publics dans la Constitution du 27 octobre 1946 », *RDP,* 1946, p.545-579

BURDEAU, G., « Une survivance : la notion de Constitution », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.53-62

BURDEAU, G., « La conception du pouvoir selon la Constitution française du 4 octobre 1958 », *Revue française de science politique,* 1959, n°1, p.87-100

BURDEAU, G., « La restauration du pouvoir d'Etat dans la Constitution française de 1958 », *in : Texte des conférences données les 19 et 20 janvier 1960 à l'Ecole des Sciences politiques et sociales de l'Université de Louvain,* paru aux *Annales de droit et de sciences politique, Revue trimestrielle,* Tome XX, n°4, 1960, p.119-153, reproduit *in :* BURDEAU, G., (préface DENQUIN, J.-M.), *Ecrits de Droit constitutionnel et de Science politique,* Paris : Ed. Panthéon-Assas, 673 pages, spéc. p.281-307

BURDEAU, G., « Le déclin de la loi », *Archives de philosophie du droit,* n°8, 1963, p.35-41

BURDEAU, G., « Les régimes politiques », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.113-140

CANNAC, H., « Le système des décrets-lois en France », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle,* n°1, 1940

CANNAC, H., « Pleins pouvoirs et décrets-lois », *Gazette du Palais,* 19-20 juillet 1951, p.9-11

CAPITANT, R., « La coutume constitutionnelle », *Gazette du Palais,* 20 décembre 1929, rééd. *in : Revue du droit public,* 1979, n°4, p.959-970

CAPITANT, R., « Le rôle politique du président du Reich », *Politique,* mars 1932, p.216-229 réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.393-403

CAPITANT, R., « Le Président du *Reich », Res publica* (Bruxelles) [revue d'études politiques et internationales], décembre 1932, p.701-733, réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 /*

René Capitant [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.405-423

CAPITANT, R., « Le droit constitutionnel non écrit », *in : Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény,* t.3, Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1934, 546 pages, spéc. p.1-8

CAPITANT, R., *La réforme du parlementarisme,* Paris : Sirey, 1934, 33 pages, réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.325-342

CAPITANT, R., « La crise et la réforme du parlementarisme en France. Chronique constitutionnelle française (1931-1936) », *Jahrbuch der öffentlichen Rechts der Gegenwart,* Tübigen, 1936, p.1-71 réédité *in : Ecrits d'entre-deux guerres : 1928-1940 / René Capitant* [Textes réunis et présentés par Olivier Beaud], Paris : Ed. Panthéon-Assas, 2004, 580 pages, spéc. p.343-380

CAPITANT, R., « Discours prononcé par M. René Capitant sur l'œuvre juridique de Raymond Carré de Malberg », *Annales de l'Université de Strasbourg 1936,* 1937, p.37-48

CAPITANT, R., « Une première interprétation », [Préface à l'ouvrage de Léo Hamon : *De Gaulle dans la République,* Plon, 1958], rééd. *in : Ecrits constitutionnels,* Paris : CNRS, 1982, 485 pages, spéc. p.355-371

CAPITANT, R., « L'aménagement du pouvoir exécutif et la question du chef de l'Etat », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.142-163

CARRE DE MALBERG, R., « La question de la délégation de puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance selon la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée,* juillet-septembre 1925, p.321-347, octobre-décembre 1925, p.398-425

CARRE DE MALBERG, R., « La distinction des lois matérielles et formelles et le concept de loi dans la Constitution de Weimar », *Bulletin de la société de législation comparée,* octobre-décembre 1928, p.597-619, janvier-mars 1929, p.155-173

CARRE DE MALBERG, R., « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme », *RDP,* 1931, p.225-244

CARRE DE MALBERG, R., « L'Etat agit par voie législative, administrative et juridictionnelle », *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.30-5 à 10.30-10

CASSIN, R., « Un coup d'Etat. La soi-disant Constitution de Vichy », *La France Libre,* Londres, vol. 1, n°2, 16 décembre 1940, *reproduit in : RDP,* 2010, n°3, p.646-665

CASSIN, R., « Le Conseil d'Etat, gardien des principes de la Révolution », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle,* janvier-juin 1951, p.54-61

CATHALA, F., « La restauration de l'Exécutif », *Ecrits de Paris,* août 1955, p.31-43

CHAPUS, R., « La loi d'habilitation du 11 juillet 1953 et la procédure des décrets-lois », *RDP,* 1953, p.954-1006

CHAPUS, R., « De la soumission au droit des règlements autonomes », *Recueil Dalloz,* 23e cahier, 1960, chronique XXII, p.119-126

CHARDON, H., « Le pouvoir administratif », *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.64-16

CHARLIER, R.-E., « La puissance publique et son Droit face à la question sociale » *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.73-94

CHARPENTIER, J., « Les lois cadres et la fonction gouvernementale », *RDP,* n°2, 1958, p.220-270

CHAVANON, C., « Les problèmes de l'Union française dans les avis du Conseil d'Etat », *EDCE,* n°10, 1956, p.48-56

CHRETIEN, M., « Le régime parlementaire en temps de guerre », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle,* 1940, n°1

COLLIARD, C.-A., « Le travail gouvernemental et ses méthodes », *Recueil Dalloz,* 1948, chronique, p.61-64

DETTON, H., « Les moyens juridiques de l'Etat. Diversité de ces moyens. » *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.50-1 à 10.50-4

DONNEDIEU de VABRES, J., « Décrets-lois et pouvoirs réglementaires d'après la loi du 17 août 1948 », *Recueil Dalloz,* 1949, I, p.5-8

DONNEDIEU de VABRES, J., « La protection des droits de l'homme par les juridictions administratives en France », *EDCE,* 1949, p.30-49

DONNEDIEU de VABRES, J., « L'article 13 et les décrets-lois », *Recueil Dalloz,* 1953, I, p.137-140

DUGUIT, L., « Des règlements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur », *RDP,* 1924, p.313-349

DURAND, P., « La décadence de la loi dans la constitution de la Ve République », *JCP,* 1er janvier 1959, chrn. 1470

DUVERGER, M., « Les Institutions de la Cinquième République », *Revue française de science politique,* n°1, 1959, p.101-134

EISENMANN, C., « Le droit administratif et le principe de légalité », *EDCE,* 1957, p.25-40

EISENMANN, C., HAMON, L., « La juridiction constitutionnelle en droit français : 1875-1961 », *in : La juridiction constitutionnelle à l'époque contemporaine : Exposés de la situation dans différents pays et étude comparée,* Internationales Kolloquium veranstaltet vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 1961, Köln : Berlin : Carl Heymanns Verlag KG, 1962, spéc. p.231-291

EISENMANN, C., « Les fonctions sociales et les fonctions juridiques de l'Etat », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.291-311

EISENMANN, C., « La théorie des fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg », *in : Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg, 1861-1935,* Paris : Dalloz, 1966, 182 pages, spéc. p.49-71, rééd. *in :* EISENMANN, C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques,* Paris : Ed. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2002, 668 pages, spéc. p.221-236

EISENMANN, C., « La théorie des "bases constitutionnelles du droit administratif" », *RDP,* 1972, n°6, p.1345-1441

EISENMANN, C., « Le contrôle juridictionnel des lois en France », *in : Actualité du contrôle juridictionnel des lois : travaux des sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin,* Bruxelles : Maison F. Larcier, 1973, 583 pages, spéc. p.71-95, rééd. *in :* EISENMANN, C., *Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques,* Paris : Ed. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2002, 668 pages, spéc. p.525-541

ESMEIN, A., « De la délégation du pouvoir législatif », *Revue politique et parlementaire,* 1894, n°1, p.200-p.224

FABRE, M.-H., « La fonction gouvernementale et l'ordonnance du 24 octobre 1945 », *RDP,* 1946, p.251-268

FAURE, F., « Les économies et les réformes par décrets », *Revue politique et parlementaire,* octobre-novembre-décembre 1926, tome 129, p.5-18

GALICHON, G., « Aspects de la procédure législative en France », *Revue française de science politique,* 1954, p.793-835

GIRAUD, E., « Etude sur la notion de pouvoir discrétionnaire », *Revue générale d'administration,* janvier-février 1924, p.193-212 et p.298-320

GIRAUD, E., « Le projet de Constitution de la Commission de la Constitution », *Revue politique et parlementaire*, n°553, février 1946, p.97-128

GIRAUD, E., « Corrections à la constitution écartée par le pays », *Revue politique et parlementaire,* n°558, juillet 1946, p.7-19

GIRAUD, E., GANEM, A., « Plan de réformes d'ordre constitutionnel », *RDP,* 1940, p.5-57

GOGUEL, F., « Les méthodes du travail parlementaire », *Revue française de science politique,* n°4, octobre-décembre 1954, p.674-708

GOGUEL, F., « Vers une nouvelle orientation de la révision constitutionnelle », *Revue française de science politique,* n°3, 1956, p.493-507

GORDON, E., « Le Chef de l'Etat et ses ministres », *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.64-1 à 10.64-4

GRAUX, G., « La loi et les règlements d'administration publique », *Revue politique et parlementaire,* 1899, p.460-184

GUILLON, A., « L'organisation des pouvoirs publics depuis la Libération », *EDCE*, 1947, p.38-48

HAMON, L., « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *Recueil Dalloz,* 41e cahier, 1960, chronique XL, p.253-260

HAURIOU, A., « Le pouvoir discrétionnaire et sa justification », *in : Mélanges R. Carré de Malberg,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages, p.231-240

HAURIOU, A., « Les diverses formes du droit », *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.16-1 à 10.16-5

HAURIOU, M., « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse,* 1906, p.134-182

HAURIOU, M., « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », *Cahiers de la nouvelle journée,* 1925, n°4 *rééd. in : Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Paris : Bloud et Gay, 1933, 219 pages, spéc. p.89-128

HAURIOU, M., « Police juridique et fond du droit », *Revue trimestrielle de droit civil,* 1926, p.265-312, *rééd. in : Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Paris : Bloud et Gay, 1933, 219 pages, spéc. p.147-192

HEILBRONNER, A., « Les décrets-lois du ministère Doumergue », *Revue politique et parlementaire,* janvier-février-mars 1935, tome 162, p.254-261

HERAUD, G., « L'influence de Kelsen dans les doctrines contemporaines », *Annales de la faculté de droit de Toulouse,* tome VI, 1958, p.171-191

HERZOG, J.-L., « La loi et le règlement d'administration publique. Les effets suspensifs de la délégation législative », *RDP,* 1938, p.643-692

HIRT, F., « Du droit de la force publique », *RDP,* 1954, n°4, p.967-985

JEZE, G., « Le règlement administratif », *Revue générale d'administration,* mai-août 1902, p.5-22

JEZE, G., « Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait », *RDP*, 1914, p.48-144

JEZE, G., « Essai d'une théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français », *RDP,* 1923, p.58-76

JEZE, G., « La théorie des actes de gouvernement et la théorie des pouvoirs de guerre », *RDP,* 1924, p.572-601

JOSSERAND, L., « Un ordre juridique nouveau », *Recueil Dalloz,* 1937, chronique, p.41-44

JOSSERAND, L., « Les déformations récentes de la technique législative », *Recueil Dalloz,* 1939, chr. n°5, p.9-12

KELSEN, H., « Aperçu d'une théorie générale de l'Etat », traduit par Charles Eisenmann, *RDP,* 1926, p.561-646

KELSEN, H., « La garantie juridictionnelle de la Constitution », traduit par Charles Eisenmann, *RDP,* 1928, p.197-257

LACHARRIERE (de), R., « Le système des décrets-lois et le régime parlementaire », *Revue d'histoire politique et constitutionnelle,* 1939, n°1, p.122-150

LAFERRIERE, J., « Le pouvoir réglementaire du président des Etats-Unis d'Amérique », *in : Mélanges R. Carré de Malberg,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages, spéc. p.275-320

LAFERRIERE, J., « La coutume constitutionnelle », *RDP,* 1944, p.20-44

LAFERRIERE, J., « La législation déléguée en Angleterre et le contrôle de son exercice par le Parlement », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.331-357

LAMPUE, P., « L'Union française d'après la Constitution », *Revue juridique et politique de l'Union française,* 1947, p.1-39 et 145-193

LAMPUE, P., « Les attributions de l'Assemblée de l'Union française », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.359-382

LAUBADERE, (de), A., « Réflexions sur la crise du droit administratif français », *Recueil Dalloz,* 1952, chr. n°2, p.5-8

LAUBADERE (de), A., « Des pleins pouvoirs aux demi-décrets-lois », *Recueil Dalloz,* 1952, chronique, p.35-40 *rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., *Pages de doctrine, 1. Aux sources du droit, l'Etat et la politique,* Paris : LGDJ, 1980, t.1, 607 pages, spéc. p.479-492

LAUBADERE (de), A., « L'article 13 », *Etudes juridiques,* 1954, n°3-4, p.12-15 *rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., *Pages de doctrine, 1. Aux sources du droit, l'Etat et la politique,* Paris : LGDJ, 1980, t.1, 607 pages, spéc. p.471-477

LEMASURIER, J., « Contribution à l'étude du domaine réglementaire en droit positif », *La Revue administrative,* n°52, juillet-août 1956, p.373-380

LETOURNEUR, M., « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », *EDCE,* 1951, p.19-31

L'HUILLIER, J., « Défense du positivisme juridique », *RDP,* 1954, n°4, p.941-956

L'HUILLIER, J., « La délimitation de la loi et du règlement », *Recueil Dalloz,* 26e cahier, 1959, chronique, p.173-178

LIET-VEAUX, G., « La séparation des pouvoirs et l'avenir des décrets-lois », *Revue politique et parlementaire,* Août-septembre 1946, p.107-111

LIET-VEAUX, G., « Décrets-lois et décrets de crise », *Revue administrative,* 1948, n°6, p.49-51

LIET-VEAUX, G., « La « loi-cadre » sur la construction et les principes démocratiques », *Gazette du Palais,* 1957, Doctrine, p.1-6

LOUIS-LUCAS, P., « Les pouvoirs propres des commissions des finances », *RDP,* 1954, p.722-752

MALEVILLE, G., « Observations sur la réforme administrative », *Recueil Dalloz,* 1953, I, p.57-62

MALEVILLE, G., « Les décrets pris en application des articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *EDCE*, 1954, 56-94

MARCEL, J., « La notion de matières réservées à la loi », *AJDA,* n°1, 1958, p.55-63

MARTIN, M., « Législatif et exécutif : est-il possible d'instituer une frontière rigide entre leurs domaines d'action respectifs », *Revue Pratique de Droit Administratif,* octobre 1957, p.VII-VIII

MARTIN, M., « Une nouveauté constitutionnelle : la distinction entre les domaines législatif et domaine réglementaire », *RPDA,* 1958, p.VII-VIII

MASPETIOL, R., « Le problème de la loi et ses développements récents en droit public français », *EDCE,* 1949, p.50-63

MATHIOT, A., « La théorie des circonstances exceptionnelles », *in : L'évolution du droit public : études offertes à Achille Mestre,* Paris : Sirey, 1956, 574 pages, spéc. p.412-428

MICHOUD, L., « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Annales de l'Université de Grenoble,* tome XXV, 1913, p.429-500, tome XXVI, 1914, p.19-58

MIGNON, M., « Nature et effets juridiques d'une technique législative d'exception, mais d'utilisation répétée : le décret-loi », *Recueil Dalloz*, 1948, chrn. n°33, p.141-144

MIGNON, M., « Une création continue du Droit public français : le pouvoir réglementaire de l'exécutif », *Revue administrative,* mars-avril 1950, p.144-153

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Le renforcement de l'Exécutif et le régime parlementaire », *RDP,* 1930, p.491-529

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « L'Exécutif dans le régime parlementaire », *Revue politique et parlementaire,* 1931, p.155-163

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « La révision de la Constitution française », *L'année politique française et étrangère,* avril 1934, p.1-30

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Défense de l'Etat démocratique en Tchécoslovaquie », *Revue politique et parlementaire,* mars 1935, p.562-574

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Quelques constitutions européennes récentes. Tchécoslovaquie, Espagne, Pays Baltes » *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.70-1 à 10.70-6

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Pleins pouvoirs sous le régime parlementaire », *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris,* 1938, p.69-86

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Gouvernement de guerre », *Revue politique et parlementaire,* 1940, p.129-141

MIRKINE-GUETZEVITCH, B., « Le régime parlementaire dans les récentes Constitutions européennes », *Revue internationale de droit comparé,* n°4, octobre-décembre 1950, p.605-638

MORANGE, G., « La loi du 8 février 1946 et la procédure des décrets-lois », *RDP,* 1946, p.139-145

MORANGE, G., « La réalisation de la réforme fiscale par voie réglementaire », *Recueil Dalloz,* 1948, chr. n°42, p.177-180

MORANGE, G., « La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre 1958 », *Recueil Dalloz,* 1959, 4e cahier, chronique IV, p.21-26

OUDINOT, M., « Le rôle du rapporteur devant les formations administratives du Conseil d'Etat », *in :* CONSEIL D'ETAT, *Livre jubilaire publié pour commémorer son cent cinquantième anniversaire, 4 nivôse an VIII, 24 décembre 1949,* Dalloz Sirey, 1952, spéc. p. 403-415

PELLOUX, R., « La Constitution du 19 avril 1946 », *Recueil Dalloz,* 1946, chronique n°12, p.45-48

PELLOUX, R., « La nouvelle Constitution de la France », *Recueil Dalloz,* 1946, chronique n°21, p.81-84

PELLOUX, R., « Remarques sur le mot et la notion d'exécutif », *in : Mélanges en l'honneur de Paul Roubier. Tome 1, théorie générale du droit et droit transitoire,* Paris : Librairie Dalloz et Sirey, 1961, 478 pages, spéc. p.369-378

PINTO, R., « La loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financier », *RDP*, 1948, p.517-545

PRELOT, M., « Après la révision constitutionnelle du 7 décembre 1954. Ce qu'il reste à faire », *Monde nouveau,* mai-juin 1955, p.1-19

PRELOT, M., « L'évolution constitutionnelle de la IVe République (1946-1956) », *Annales de la faculté de droit d'Istanbul,* 1957, p.1-20

PRELOT, M., « La Constitution de la Ve République », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.205-218

PUGET, H., « La limitation du pouvoir par la Constitution » *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.62-16 à 10.63-3

RACINE, P., « Vues prospectives sur l'Etat traditionnel », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.33-38

RAVANEL, J., « Le Conseil d'Etat et les Assemblées des territoires d'outre-mer », *EDCE,* 1950, p.49-62

RENARD, G., « Qu'est-ce que le Droit constitutionnel ? Le Droit constitutionnel et la Théorie de l'institution », *in : Mélanges R. Carré de Malberg,* Paris : Librairie du Recueil Sirey, 1933, 536 pages, spéc. p.483-499

RIVERO, J., « Le plan Monnet et le Droit », *Recueil Dalloz,* 1947, chr. n°33, p.129-132

RIVERO, J., « Vers un statut juridique du plan Monnet », *Droit social*, n°1, 1949, p.4-7

RIVERO, J., « Le problème juridique du plan », *Droit social*, mars 1950, p.11-17

RIVERO, J., « Le droit positif de la grève dans les services publics d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat », *Droit social,* 1951, p.591-598

RIVERO, J., « Apologie pour les « faiseurs de systèmes » », *Recueil Dalloz,* 1951, chrn. XXIII, p.99-102 *rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., *Pages de doctrine, 1. Aux sources du droit, l'Etat et la politique,* Paris : LGDJ, 1980, t.1, 607 pages, spéc. p.3-10

RIVERO, J., « Le juge administratif français : un juge qui gouverne ? », *Recueil Dalloz,* 1951, reproduit *in :* RIVERO, J., OTERO, C., *Du gouvernement du juge administratif,* Paris : Dalloz, juillet 2016, 18 pages – [65 pages], spéc. p.1-18

RIVERO, J., « Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francès contemporaneo », *Revista de Administracion Publica,* n°6, septembre-décembre 1951, p.289-300

RIVERO, J., « L'Evolution du pouvoir : Hypertrophie ou décadence ? », *Revue de l'Institut de Sociologie,* 1952, n°2, 20 pages

RIVERO, J., « Regard sur les institutions de la Ve République », *Recueil Dalloz,* 12 novembre 1958, chronique XXXVII, p.259-264

RIVERO, J., « La fonction administrative », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.329-338

RIVERO, J., « Le Plan et le Droit », *Cahiers de la Fondation nationale des Sciences Politiques,* n°140, 1965, p.121-127

ROLLAND, L., « Le Conseil d'Etat et les règlements d'administration publique », *RDP,* 1911, p.380-398

ROLLAND, L., « L'administration locale en temps de guerre », *RDP,* 6 articles, 1915, p.106-133, p.266-309, p.500-544 ; 1916, p.247-294 ; 1917, p.320-339 ; 1918, p.106-148

ROLLAND, L., « La grève du tramway de Paris et du département de la Seine et le décret du 31 octobre 1916 », *RDP,* 1916, p.587-613

ROLLAND, L., « Le pouvoir réglementaire du Président de la République en temps de guerre et la loi du 10 février 1918 », *RDP,* 1918, p.542-580

ROLLAND, L., « Le projet du 17 janvier 1924 et la question des décrets-lois », *RDP,* 1924, p.42-74

SAUVAGEOT, A., « Dévaluation de la Loi », *Revue politique et parlementaire,* avril 1946, p.29-38, mai 1946, p.112-123

SCELLE, G., « Réflexions sur la nouvelle constitution », *Revue politique et parlementaire,* novembre 1945, p.102-113

SCHMITT, C., « Une étude de droit constitutionnel comparé. L'évolution récente du problème des délégations législatives », *in : Introduction à l'étude du droit comparé : recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert,* vol. 2, Paris : LGDJ, 1938, 597 pages, spéc. p.200-210

SFEZ, L., « Une survivance : le règlement d'administration publique », *in :* AMSELEK, P., BUFFELAN, J.-P., CATHELINEAU, J., *Etudes de droit public,* Paris : Cujas, 1964, 504 pages, p.249-285

SIGNOREL, J., « Le pouvoir exécutif en temps de guerre. Etude de législation comparée », *Revue générale d'administration,* juillet-août 1920, p.129-154 ; septembre-octobre, 1920, p.5-37 ; novembre-décembre 1920, p.145-169 ; janvier-février 1921, p.5-32 ; mars-avril 1921, p.129-161 ; mai-juin 1921, p.257-288 ; juillet-août 1921, p.385-405 ; septembre-octobre 1921, p.513-536 ; novembre-décembre 1921, p.641-667

SOTO (de), J., « La loi et le règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958 », *RDP,* n°2, 1959, p.240-297

SOUBEYROL, J., « La définition de la loi et la Constitution de 1958 », *AJDA,* septembre 1960, p.123-129

TARBOURIECH, E., « Du Conseil d'Etat comme organe législatif », *RDP,* 1894, p.262-285

THERY, J., « Le régime administratif français », *in :* FAURE, E., TROTABAS, L., (dir.), *Encyclopédie française : tome X, l'Etat,* Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, 1964, 438 pages, spéc. p.357-368

THOMAS, J., « Nature juridique des *Sénatus-consultes », Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence,* 1915, p.115-164

TISSIER, T., « Les Conseillers du gouvernement et des pouvoirs publics. Le Conseil d'Etat en France », *in :* MONZIE (de), A., PUGET, H., TISSIER, P., (dir.), *Enclycopédie française : tome X, l'Etat moderne, 1. Aménagement, crise, transformations,* Paris : Comité de l'encyclopédie française, 1935, Non paginé [ca 1200 pages], 10.64-4 à 10.64-9

VEDEL, G., « Y a-t-il une Quatrième République ? », *Revue française de Science politique,* juillet-septembre 1953, n°3, p.612-619

VEDEL, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *Etudes et Documents du Conseil d'Etat,* 1954, p.21-53

VEDEL, G., « L'instabilité gouvernementale » : rapport / présenté par M. Georges Vedel au nom de la Commission de la réforme de l'Etat du CER ; Comité d'études pour la République, Louviers : impr. Gutenberg, 1956, 20 pages, suppl. du n°130 de mai 1956 de la *Revue Banque et Bourse rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., *Pages de doctrine, 1. Aux sources du droit, l'Etat et la politique,* Paris : LGDJ, 1980, t.1, 607 pages, spéc. p.443-470

VINCENT, F., « De l'inutilité de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 », *AJDA,* 1965, p.564-576

VIRALLY, M. « L'introuvable acte de gouvernement », *RDP,* 1952, p.317-358

WAHL, N., « Aux origines de la nouvelle constitution », *Revue française de science politique,* 1959, n°1, p.30-66

WALINE, M., « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel », *RDP,* 1930, p.197-223

WALINE, M., « A propos des pleins pouvoirs », *Année politique française et étrangère,* vol. 8, 1933, p.405-413

WALINE, M., « Observation sur la gradation des normes juridiques établie par M. Carré de Malberg », *RDP*, 1934, p.521-570

WALINE, M., « Défense du positivisme juridique », *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique,* n°1-2, 1939, p.83-96

WALINE, M., « Questions diverses relatives au pouvoir réglementaire (compétence et limite) », note sous CE, 25 octobre 1957, *Duval*, *RDP,* 1958, p.507-520

WALINE, M., « Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958 », *RDP,* 1959, p.699-717

WALINE, M., « La jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la répartition des matières entre la loi et le règlement », *RDP,* 1960, p.1011-1031

WEYR, F., « La question de la délégation de la puissance législative », *Revue internationale de la théorie du droit,* t.1, 1926-1927, p.75-88

Articles de presse

DEBRE, M., « Crise de régime », *Le Courrier de la Colère,* 31 janvier 1958

DEBRE, M., « Une Constitution révolutionnaire », *Le Courrier de la Nation,* 14 août 1958

DEBRE, M., « Interview », *Le Courrier de la Nation,* 28 août 1958

DEBRE, M., PRELOT, M., « La France et ses institutions », *Voici pourquoi,* 8 juillet 1958

DUVERGER, M., « Un système présidentiel ? », *Le Monde,* 12 avril 1956

DUVERGER, M., « Un véritable régime parlementaire », *Le Monde,* 13 avril 1956

DUVERGER, M., « Vers la réforme du régime », *Le Monde,* 7 mai 1956

DUVERGER, M., « Les mirages orléanistes », *Le Monde,* 13 juin 1958

DUVERGER, M., « La Seconde Restauration », *Le Monde,* 2, 3 septembre 1958

DUVERGER, M., « Le nouveau système », *Le Monde,* 5 août 1958

DUVERGER, M., « Un champ d'action réduit », *Le Monde,* 29 avril 1959

GIRAUD, E., « La réforme des institutions », *Le Monde,* 28, 29 juin 1958

GIRAUD, E., « Une Constitution démocratique », *Le Monde,* 21-22 septembre 1958

HAMON, L., « Oui », *Le Monde,* 24 septembre 1958

HAURIOU, M., « L'expédition de l'affaire courante », *Le Figaro,* 7 septembre 1915

« Le Conseil d'Etat a refusé de prendre en considération le projet de réforme administrative », *Le Monde,* 25 décembre 1952

MARCILHACY, P., « L'abominable article 35 », *Le Monde,* 27 août 1958

PETIT, G., « Une lettre de M. Guy Petit sur le projet de réforme administrative », *Le Monde,* 31 décembre 1952

PRELOT, M., CHARLIER, R.-E., BASTID, P., « Trois professeurs de droit donnent leur avis sur l'avant-projet », *Le Monde,* 31 juillet 1958

SIEGFRIED, A., « L'avant-projet constitutionnel devant l'opinion », *Le Figaro,* 30 juillet 1958

VEDEL, G., « Constitution : analyse du projet », *L'Express,* 31 juillet 1958

VEDEL, G., « La Constitution de 1958 », *Le Monde,* 19, 20-21, 22, 23 juillet 1958

VIANSSON-PONTE, P., « Le Parlement pourra lui-même étendre le domaine réservé au pouvoir législatif », *Le Monde,* 3 septembre 1958

Conclusions

BERNARD, conclusions sur CE, Ass., 5 mai 1961, *Société Librairie Aristide Quillet, Société Cabus et Raulot* ; *RFDA*, 2005, p.919

BLUM, conclusions sur CE, 7 juillet 1911, *Omer Decugis* ; *S.* 1914.III, p.36

BRAIBANT, conclusions sur CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'agriculture c. Simonnet* ; *RDP*, 1964, p.182

CELIER, conclusions sur CE, Ass., 28 mars 1947, *Gombert* » ; *Recueil Sirey,* 1947.III, p.89

CHARDEAU, conclusions sur CE, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens* ; *D.* 1959.II, p.475

CHENOT, conclusions sur CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel* ; *Recueil Lebon*, p.100

CORNEILLE, conclusions sur CE, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin* ; *Recueil Lebon*, p.276

CORNEILLE, conclusion sur CE, 30 juillet 1915, *Général Verrier* ; *RDP*, 1915, p.479

DELVOLVE, conclusions sur CE, 4 avril 1952, *Syndicat régional des Quotidiens d'Algérie* ; *S.* 1952.III, p.49

DONNEDIEU DE VABRES, conclusions sur CE, 27 avril 1945, *Colonel Josué* ; *S.*1945.III, p.58

ETTORI, conclusions sur CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et des transports automobiles* ; *RDP*, 1929, p.321

FOURNIER, conclusions sur CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils* ; *RDP*, 1959, p.1004

GAZIER, conclusions sur CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene* ; *RDP*, 1950, p.691

GREVISSE, conclusions sur CE, 24 juin 1955, *Ville de Lyon et de Paris* ; *D.* 1955.III., p.719

GREVISSE, conclusions sur CE, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres* ; *AJ.* 1958.II, p.130

HELBRONNER, conclusions sur CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies* ; *Recueil Lebon,* p.875

HEUMANN, conclusions sur CE, Sect., 17 mai 1957, *Sieur Simonet* ; *Recueil Lebon*, p.314

KAHN, conclusions sur CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval* ; *AJ* 1958.I, p.282

KAHN, conclusions sur CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky* ; *S.* 1960, p.131

KELLER, conclusions sur CE, Sect., 5 mai 2006, *Schmitt* ; *Recueil Lebon,* p.220

LANDRON, conclusions sur CE, Ass. 4 mars 1955, *dame André* ; *Recueil Lebon,* p.126,

LANDRON, conclusions sur CE, Sect., 30 septembre 1955, *sieur Hubert* ; *Recueil Lebon,* p.450

LATOURNERIE, conclusions sur CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi* ; *D.* 1938.III, p.1

LAURENT, conclusions sur CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des Aciéries et Forges de Saint-François* ; *RPDA*, 1954, p.205

LAURENT, conclusions sur CE, Ass., 16 mars 1956, *Garrigou* ; *D.* 1956, p.253

MOSSET, conclusions sur CE, Sect., 8 mars 1957, *Sieur Roze et autres* ; *Recueil Lebon,* p.147

QUESTIAUX, conclusions sur CE, Ass., 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques* ; *RDP*, 1964, p.459

RENAUDIN, conclusions sur CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels* ; *RDP* 1937, p.501

RIVET, conclusions sur CE, 30 novembre 1923, *Couitéas* ; *RDP*, 1924, p.75

ROMIEU, conclusions sur CE, 2 décembre 1892, *Mogambury* ; *Recueil Lebon,* p.836

ROMIEU, conclusions sur TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just* ; *Recueil Lebon,* p.715

ROMIEU, conclusions sur CE, 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants-constructeurs de matériel pour chemin de fer et tramways* ; *Recueil Lebon,* p.132

ROMIEU, conclusions sur CE, 4 mai 1906, *Babin* ; *Recueil Lebon*, p.362

ROMIEU, conclusions sur CE, 30 novembre 1906, *Sieur Jacquin* ; *Recueil Lebon*, p.879

ROUJOU, conclusions sur CE, 27 décembre 1938, *Association amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'Etat* ; *D.* 1939.III, p.57, concl. Roujou

TARDIEU, conclusions sur CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres* ; *Recueil Lebon,* p.913

TARDIEU, conclusions sur CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier* ; *Recueil Lebon,* p.826

TRICOT, conclusions sur CE, Ass., 4 janvier 1952, *Sieurs Heidt, Mariol et autres* ; *Recueil Lebon,* p.5

TRICOT, conclusions sur CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker* ; *RPDA,* 1955, p.50

TRICOT, conclusions sur CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et autres* ; *D.* 1958.II, p.656

Autres sources

ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE, Séances de la Commission de la constitution : comptes rendus analytiques imprimés en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 25 avril 1946, Paris : Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, 797 pages

ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE, Séances de la Commission de la constitution : comptes rendus analytiques imprimés en exécution de la résolution votée par l'Assemblée le 2 octobre 1946, Paris : Imprimerie de l'Assemblée nationale constituante, 1946, 808 pages

Ouvrages collectifs

AA. VV. La Quatrième République. Bilan, trente ans après la promulgation de la Constitution du 27 octobre 1946, actes du colloque de Nice, les 20, 21 et 22 janvier 1977, Université de Nice, Faculté de droit et des sciences économiques, Paris : LGDJ, 1978, 453 pages

AA. VV. Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1974, Editions du CNRS, 1974, 1012 pages

AA. VV., Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France, Actes du colloque à Epinal des 27 et 28 septembre 1996, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 254 pages

AA. VV., Le Conseil d'Etat et la Grande Guerre, actes du colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, à Paris, les 20 et 21 novembre 2015, Paris : La Documentation française, 2017, 238 pages

ALLAND, D., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* Paris : Lamy : Presses Universitaires de France, 2003, 1649 pages

ARABEYRE, P., HALPERIN, J.-L., KRYNEN, J., (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe-XXe siècle,* Paris : Presses universitaires de France-Quadrige, 2011, 827 pages

AUDREN, F., HALPERIN, J.-L., *La culture juridique française : entre mythes et réalités : XIXe - XXe siècles,* Paris : CNRS éditions, 2013, 330 pages

BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain,* PUF, 1992, 431 pages

BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire de la France au XXe siècle. Tome I : 1900-1930,* Bruxelles : Editions Complexe, 1999, 573 pages

BERSTEIN, S., MILZA, P., *Histoire de la France au XXe siècle, tome II : 1930-1945,* Bruxelles : Ed. Complexe, 2003, 399 pages

BIENVENU, J.-J., PETIT, J., PLESSIX, B., SEILLER, B., (dir.), *La Constitution administrative de la France,* Paris : Dalloz, 2012, 396 pages

BIGOT, G., BOUVET, M., (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative. Journées d'études du Centre d'histoire du droit de l'Université de Rennes 1,* Paris : Litec, 2006, 347 pages

CARTIER, E., VERPEAUX., M., (dir.), *La Constitution du 27 octobre 1946. Nouveaux regards sur les mythes d'une constitution « mal aimée »,* Paris : Mare & Martin, 2018, 186 pages

CAYLA, O., HALPERIN, J.-L., (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques,* 1ère éd., Paris : Dalloz, 2008, 620 pages

DECAUMONT, F., (dir.), *Le discours de Bayeux (16 juin 1946) : hier et aujourd'hui,* Colloque l'Association française des constitutionnalistes avec la participation de l'université de Caen, Bayeux, 15 juin 1990, Economica : Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, 252 pages

DRAGO, R., IMBERT, J., TULARD, J., MONNIER, F., (dir.), *Dictionnaire biographique des membres du Conseil d'Etat 1799-2002,* Fayard, 2004, 987 pages

FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence : Economica-PUAM, 1981, 2e éd., 275 pages

FAVOREU, L., *et al., Droit constitutionnel,* 21e éd., Paris : Dalloz, septembre 2018, 1136 pages

FLAMENT-GUELFUCCI, E., CHAVE, I., (dir.), *Guide de recherche dans les archives du Conseil d'Etat,* Paris : La Documentation française : Conseil d'Etat, 2018, 442 pages

FROGER, C., PLATON, S., BENELBAZ, C., BERTHIER, B., (dir.), *L'œuvre législative de Vichy d'hier à aujourd'hui,* Paris : Dalloz, 2017, 289 pages

GAUDEMET, Y., STIRN, B., DAL FARRA, T., ROLLIN, F., *Les Grands avis du Conseil d'Etat,* 3ème éd., Paris : Dalloz, 3ème éd., 2008, 834 pages

GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1,* Paris : Dalloz, 2011, 842 pages

GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 2,* Paris : Dalloz, 2011, 711 pages

HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France,* Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, 2001, 147 pages

HERRERA, C.-M., LE PILLOUER, A., (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?,* Paris : Editions Kimé, 2012, 198 pages

LAUVAUX, P., LE DIVELLEC, A., *Les grandes démocraties contemporaines,* 4e éd., Paris : PUF, 2015, 1070 pages

LEMAITRE, A.-J., KAMMERER-SCHWEYER, O., (dir.), *Le pouvoir réglementaire : dimension doctrinale, pratiques et sources, XVe et XVIIIe siècles :* Actes du colloque de Mulhouse, 11 et 12 octobre 2002 organisé par la Faculté des lettres, langues et sciences humaines de l'Université de Haute-Alsace, Rennes : Presses Universitaires de Rennes, 2004, 270 pages

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVE, P., GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Paris : Dalloz, 22e éd., 2019, 1047 pages

MASSOT, J., (dir.), *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'Outre-mer français du XVIIe siècle à 1962,* Paris : Dalloz, 2007, 264 pages

MASTOR, W., BENETTI, J., EGEA, P., MAGNON, X., (dir.), *Les grands discours de la culture juridique,* Paris : Dalloz, 2017, 1500 pages

MAUS, D., FAVOREU, L., PARODI, J.-L., (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958,* Actes du colloque du XXXe anniversaire, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 852 pages

MAUS, D., PASSELECQ, O., (dir.), *Témoignages sur l'écriture de la Constitution de 1958 : autour de Raymond Janot,* actes de la journée organisé le 1er octobre 1993 à la Maison de l'Europe de Paris, à l'occasion du 35e anniversaire de la Constitution de 1958, Paris : La Documentation française, 1997, 118 pages

RAYNAUD, P., RIALS, S., (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique,* Paris : Presses Universitaires de France, 2012, 892 pages

ROUVILLOIS, F., (dir.), *La révolution de 1958,* actes du colloque du Centre Maurice Hauriou organisé le 22 novembre 2018 à l'Université Paris Descartes, Paris : Cerf Patrimoines, 2019, 292 pages

SAINT VICTOR, J. (de), BRANTHÔME, T., *Histoire de la République en France : des origines à la Ve République,* Paris : Economica, 2018, 1110 pages

SIRINELLI, J.-F., (dir)., *Dictionnaire de l'histoire de France,* Paris : Larousse, 2006, 1176 pages

TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1, Théorie de la Constitution,* Paris : Dalloz, 2012, 815 pages

TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2, Distribution des pouvoirs,* Paris : Dalloz, 2012, 805 pages

TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprématie de la Constitution,* Paris : Dalloz, 2012, 825 pages

TROPER, M., HAMON, F., *Droit constitutionnel,* 35e éd., Issy-les-Moulineaux : LGDJ-Lextenso, 2014, 800 pages

VEDEL, G., DELVOLVE, P., *Droit administratif,* 7e éd. refondue, Paris : PUF, 7e éd., 1980, 1087 pages, spéc. « Préface », p.19-38

VEDEL, G., DELVOLVE, P., *Droit administratif,* v. 1, 11e éd., Paris : PUF, 1990, 708 pages

Monographies

ANDERSON, G., *La guerre civile en France, 1958-1962 : Du coup d'Etat gaulliste à la fin de l'OAS,* Paris : La Fabrique éditions, 2018, 364 pages

AUBY, J.-M., DRAGO, R., *Traité des recours en matière administrative,* Paris : Litec, avril 1992, 686 pages

BARANGER, D., *Penser la loi : essai sur le législateur des temps modernes,* Paris : Gallimard, 2018, 339 pages

BARSALOU, J., *La mal-aimée. Histoire de la IVe République,* Paris : Plon, 1964, 333 pages

BIGOT, G., *L'Administration française : politique, droit et société. Tome 1, 1789-1870,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 397 pages

BIGOT, G., LE YONCOURT, T., *L'Administration française : politique, droit et société. Tome 2, 1870-1944,* 2e éd., Paris : LexisNexis, 2014, 499 pages

BIGOT, G., *Ce droit qu'on dit administratif…Etudes d'histoire du droit public,* Paris : Editions La Mémoire du Droit, 2015, 373 pages

BRIMO, A., *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat* – Réédition de la troisième édition publiée en 1978, Paris : Pédone, 2018, 533 pages

BURDEAU, F., *Histoire de l'administration française : du 18e siècle au 20e siècle,* 2e éd., Paris : Montchrestien, 1994, 377 pages

BURDEAU, F., *Histoire du droit administratif,* Paris : PUF, 1995, 494 pages

CAILLOSSE, J., *La Constitution imaginaire de l'administration,* Paris : PUF, 2008, 421 pages

CALLON, J.-E., *Les projets constitutionnels de la Résistance,* Paris : La Documentation française, 1998, 244 pages

CHAGNOLLAUD, *Droit constitutionnel contemporain. Tome 2, l'héritage constitutionnel et politique de la France, 1789-1958,* 3e éd., Paris : Dalloz, 2011, 431 pages

CHAPUS, R., *Droit administratif général,* tome 1, 15e éd., Paris : Montchrestien, 2001, 1427 pages

CHEVALLIER, J.-J., *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958,* Paris : Dalloz, 9ème éd., juillet 2012, 748 pages

DEBRE, J.-L., *La Constitution de la Ve République,* Paris : PUF, 1975, 340 pages

DENQUIN, J.-M., *1958, la genèse de la Ve République,* Paris : PUF, 1988, 429 pages

ELGEY, G., *Histoire de la IVe République, La République des illusions 1945-1951,* première partie, Paris : Fayard, septembre 1993, 704 pages

ELGEY, G., *Histoire de la IVe République, La République des contradictions 1951-1954,* deuxième partie, Paris : Fayard, septembre 1993, 761 pages

ELGEY, G., *Histoire de la IVe République, La Républiques des tourmentes 1954-1959,* troisième partie, tomes 1 à 4, Paris : Fayard, 1992-2012, 674 pages, 691 pages, 979 pages, 594 pages

FAVOREU, L., *La Constitution et son juge,* Paris : Economica, septembre 2014, 1250 pages

GONOD, P., *La présidence du Conseil d'Etat républicain*, Paris : Dalloz, 2005, 176 pages

HAQUET, A., *La loi et le règlement,* Paris : LGDJ : Lextenso, coll. Systèmes, 2007, 204 pages

JOUANJAN, O., *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918),* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2005, 364 pages

JOUANJAN, O., *Justifier l'injustifiable : l'ordre du discours juridique nazi,* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2017, 328 pages

LASCOMBE, M., *Code constitutionnel et des droits fondamentaux,* Paris : Dalloz, 2018, 2626 pages

LATOUR, B., *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat,* Paris : La Découverte, 2002, 319 pages

LEGENDRE, P., *Trésor historique de l'Etat en France : l'Administration classique,* Paris : Fayard, 1992, 638 pages

LEGENDRE, P., *Fantômes de l'Etat en France : parcelles d'histoire,* Paris : Fayard, 2015, 233 pages

LE POURHIET, A.-M., *Les ordonnances. La confusion des pouvoirs en droit public français,* Paris : LGDJ : Lextenso éditions, coll. Systèmes, 2011, 176 pages

MANSFIELD, H. C., *Le prince apprivoisé : de l'ambivalence du pouvoir,* trad. Pierre-Emmanuel Dauzat, Paris : Fayard, 1994, 414 pages

MATHIEU, B., *La loi,* 3e éd., Paris : Dalloz, 138 pages

MAUS, D., *Etudes sur la Constitution de la Ve République : la mise en place, la pratique,* Paris : STH, 1990, 301 pages

MORABITO, M., *Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours,* Paris : Montchrestien, 14e éd., 558 pages, août 2016

NICOLET, C., *L'idée républicaine en France : 1789-1924 : essai d'histoire critique,* Paris : Gallimard, 1982, 512 pages

NOIRIEL, G., *Les origines républicaines de Vichy,* Paris : Hachette Littératures, 1999, 335 pages

PETOT, J., *Les grandes étapes du régime républicain français,* Paris : Editions Cujas, 1970, 842 pages

PLESSIX, B., *Droit administratif général,* Paris : Lexis Nexis, 2016, 1504 pages

REMY, D., *Les lois de Vichy : actes dits « lois » de l'autorité de fait se prétendant « gouvernement de l'Etat français »,* Paris : Ed. Romillat, 1992, 255 pages

RIALS, S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen,* Paris : Hachette, 1988, 771 pages

RIOUX, J.-P., *La France de la quatrième République. 1, L'ardeur et la nécessité : 1944-1952,* Paris : Editions du Seuil, 1980, 309 pages

RIOUX, J.-P., *La France de la quatrième République. 2, L'expansion et l'impuissance : 1952-1958,* Paris : Editions du Seuil, 1980, 382 pages

ROSANVALLON, P., *Le bon gouvernement,* Paris : Editions du Seuil, 2015, 405 pages

ROUSSELLIER, N., *La force de gouverner. Le pouvoir exécutif en France XIVe-XXI siècles,* Paris : Gallimard, 2015, 827 pages

ROUVILLOIS, F., *Les origines de la Ve République,* Paris : CNRS éditions, 2018, 217 pages

RUDELLE, O., *République d'un jour république de toujours,* Paris : Riveneuve Editions, 2016, 689 pages

TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'Etat,* Paris : PUF, 1994, 358 pages

TROPER, M., *Le droit et la nécessité,* Paris : PUF, 2011, 294 pages

VERPEAUX, M., *Droit constitutionnel français,* 2e éd., Paris : PUF, 2015, 621 pages

WEIDENFELD, K., *Histoire du droit administratif. Du XIVe siècle à nos jours,* Paris : Economica, avril 2010, 344 pages

Thèses

AROMATARIO, S., *La pensée politique et constitutionnelle de Michel Debré,* Paris : LGDJ, 2006, 658 pages

AZOUAOU, P., *L'indisponibilité des compétences en droit public interne,* Paris : Mare et Martin, 2015, 732 pages

BAUMERT, R., *La découverte du juge constitutionnel, entre science et politique : les controverses doctrinales sur le contrôle de la constitutionnalité des lois dans les républiques française et allemande de l'entre-deux guerres,* Clermont-Ferrand : Fondation Varenne ; diff. LGDJ, 2009, 612 pages

BEAUD, O., *La puissance de l'Etat,* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 1994, 512 pages

BECHILLON (de), D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris : Economica, 1996, 577 pages

BIGOT, G., *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration : vicissitudes d'une ambition, 1800-1872,* Paris : LGDJ, 1999, 516 pages

BITTMANN, B., *L'esprit de la loi et le régime de Vichy : ruptures et continuités juridiques d'une République à l'autre,* Thèse, Limoges, 2013, 608 pages

BOCK, F., *Un parlementarisme de guerre : 1914-1919,* Paris : Belin, 2002, 350 pages

BOUGRAB, J., *Aux origines de la Constitution de la IVe République,* Paris : Dalloz, 2002, 768 pages

BOUVIER, L.-A., *Le Conseil d'Etat et la confection de la loi,* Thèse, Paris 2, 2013, 471 pages

BOYER-MERENTIER, C., *Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958,* Aix-en-Provence : PUAM, Paris : Economica, 1996, 416 pages

CARON, M., *L'autonomie organisationnelle du Gouvernement : recherche sur le droit gouvernemental de la Ve République,* Clermont-Ferrand : Institut universitaire Varenne, 2015, 898 pages

CARTIER, E., *La transition constitutionnelle en France (1940-1945) : la reconstruction révolutionnaire d'un ordre juridique « républicain »,* Paris : LGDJ, 2005, 665 pages

CELARD, A., *Le partage du pouvoir réglementaire (contribution à l'étude du système normatif du droit public français),* thèse, Lille 2, 1995, 1050 feuilles

CHIFFLOT, N., *Le droit administratif de Charles Eisenmann,* Paris : Dalloz, 2009, 450 pages

DAVID, J., *Le rapport de concrétisation entre actes juridiques : étude de droit public,* Thèse : Bordeaux, 2014, 566 pages

DEBRE, J.-L., *Les idées constitutionnelles du général de Gaulle,* Paris : LGDJ, 1974, 461 pages

DOUENCE, J.-C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire de l'administration,* Paris, LGDJ, n°81, 1968, 534 pages

DUFFAU, J.-M., *Pouvoir réglementaire autonome et pouvoir réglementaire dérivé,* Thèse, Paris II, 1976, 411 pages

FARGEAUD, B., *La doctrine constitutionnelle sous la IVe République : naissance d'une nouvelle génération de constitutionnalistes,* Thèse de doctorat : droit public : Université de Paris 2, 2018, 712 pages

FAYE, A., *Les bases administratives du droit constitutionnel,* Thèse Paris 2, 2016, 677 pages

GIRARD, A.-L., *La formation historique de la théorie de l'acte administratif unilatéral,* Paris : Dalloz, 2013, 620 pages

GLENARD, G., *L'exécutif et la Constitution de 1791,* Paris : PUF, 2010, coll. « Léviathan », 503 pages

GONOD, P., *Edouard Laferrière, un juriste au service de la République,* Paris : LGDJ, 1997, 446 pages

HECQUARD-THERON, M., *Essai sur la notion de réglementation,* Paris : LGDJ, 1977, 287 pages

HENNING, J., *Le radicalisme d'Edouard Herriot et la crise des institutions (1905-1954),* Paris : Dalloz, 2019, 644 pages

JEANNENEY, J., *Les lacunes constitutionnelles,* Paris : Dalloz, 2016, 782 pages

KESSLER, M.-C., *Le Conseil d'Etat,* Paris : A. Colin, 1968, 389 pages

LANZA, A., *L'expression constitutionnelle de l'administration française : contribution à l'étude des constantes constitutionnelles,* Paris : LGDJ, 1984, 936 pages

LAQUIEZE, A., *Les origines du régime parlementaire en France : 1814-1848,* Paris : PUF, 2002, 436 pages

LE BOS - LE POURHIET, A.-M., *L'article 92 de la Constitution de 1958,* Paris : Economica, 1981, 94 pages

LE PILLOUER, A., *Les pouvoirs non-constituants des assemblées constituantes. Essai sur le pouvoir instituant,* Thèse, Paris : Dalloz, février 2005, 390 pages

LEROYER, S., *L'apport du Conseil d'Etat au droit constitutionnel de la Ve République – Essai sur une théorie de l'Etat,* Paris : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, volume 106, 2011, 756 pages

LOCHAK, D., *Le rôle politique du juge administratif français,* coll. « Bibliothèque de droit public », Tome 107, Paris, LGDJ, 1972, 349 pages

MAUGER, F., *Les pouvoirs implicites en droit administratif,* Thèse, Université de Paris 2, 2013, 336 pages

MAULIN, E., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg,* coll. « Léviathan », Paris : PUF, 2003, 344 pages

MESTRE, A., *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration,* LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 116, 1974, 312 pages

MONTAY, B., *Doctrine des fonctions de l' « Exécutif »,* Thèse de doctorat : droit public : Paris 2, 2017, 777 pages

OLIVA, E., *L'article 41 de la Constitution du 4 octobre 1958. Initiative législative et Constitution,* Aix-en-Provence : PUAM-Economica, 1997, 603 pages

PERI, A., Préface GICQUEL, J., *Le pouvoir exécutif dans le processus de formation de la loi dans l'histoire constitutionnelle française (1789-1958),* LGDJ, coll. Collection des thèses, n°18, 2008, 443 pages

PICARD, E., *La notion de police administrative,* Paris : LGDJ, 1984, 2 vol., 926 pages

PINON, S., *Les réformistes constitutionnels des années trente : aux origines de la Ve République,* Paris : LGDJ, 2003, 632 pages

RAINAUD, J.-M., *La distinction de l'acte individuel et de l'acte réglementaire,* Paris : LGDJ, 1966, 210 pages

REDOR, M.-J., *De l'Etat légal à l'Etat de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, Paris : Economica, 1992, 389 pages

ROLLAND, J.-C., *La suppléance du Conseil d'Etat auprès de la France Libre (1940-1945),* Thèse de doctorat : droit public, Université de Lille, 2019, 635 pages

ROUSSELLIER, N., *Vers une histoire de la loi. Du gouvernement de guerre au gouvernement de la Défaite. Les transformations du pouvoir exécutif en France (1913-1940),* Habilitation à diriger des recherches sous la direction du Pr. Jean-Noël Jeanneney, IEP de Paris, juin 2006, tome 1 (289 pages + annexes)

SACRISTE, G., *La République des constitutionnalistes : professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914),* Paris : Presses de Sciences Po, 2011, 578 pages

SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception,* Paris : PUF, coll. « Léviathan », 2001, 393 pages

SFEZ, L., *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1966, 520 pages

STECK, O., *La contribution de la jurisprudence à la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la IIIe République,* Paris : LGDJ, 2007, 394 pages

TEBOUL, G., *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative,* Paris : LGDJ, 1989, 331 pages

TIMSIT, G., *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français,* Paris : LGDJ, 1963, [Préface EISENMANN, C.] 329 pages

TREMEAU, J., *La réserve de loi,* 1997, Aix-en-Provence : PUAM-Economica, coll. Droit public positif, 414 pages

TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française,* Paris : LGJD-Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015, 251 pages

TUSSEAU, G., *Les normes d'habilitation,* Paris : Dalloz, 2006, 813 pages

VERPEAUX, M., *La naissance du pouvoir réglementaire : 1789-1799,* Paris : PUF, 1991, 434 pages

VIMBERT C., *La tradition républicaine en droit public français,* Mont-Saint-Aignan : PUR ; Paris : LGDJ, 1992, 392 pages

VINCENT, F., *Le pouvoir de décision unilatérale des autorités administratives,* Paris : LGDJ, 1966, 272 pages

WIENER, C., *Recherches sur le pouvoir réglementaire des ministres,* Paris : LGDJ, coll. Bibliothèque des thèses, 1970, 298 pages

Articles, contributions et notes

AA. VV., « Le Conseil d'Etat avant le Conseil d'Etat », *La Revue administrative,* numéro spécial, 1999, 120 pages

AA. VV., « La IVe République »*, Pouvoirs,* janvier 1996, n°76, 190 pages

AA. VV., « Loi et règlement », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2006, n°19, p.94 et s.

AA. VV. « La notion d'exécution dans l'histoire constitutionnelle française », *Revue française d'histoire des idées politiques,* 2011/2, n°34, 224 pages

AA. VV., « Les racines de la constitution de la Ve République », *Espoir : Revue de la Fondation Charles de Gaulle,* n°186, printemps 2017, p.2-100

AUBY, J.-M., « Les aspects nouveaux du pouvoir réglementaire de l'administration en droit administratif français », *in Mélanges Stassinopoulos,* Paris : LGDJ, 1974, 597 pages, p.9-24

AVRIL, P., « Coutume constitutionnelle et conventions de la constitution », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 1, Théorie de la Constitution,* Paris : Dalloz, 2012, 815 pages, p.375-403

BEAUD, O., « Maurice Hauriou et le droit naturel », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique,* 1988, n°6, p.124-138

BEAUD, O., « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits,* n°37, 2003, p.149-172

BEAUD, O., « Compétence et souveraineté », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, spéc. p.5-32

BEAUD, O., « L'Etat », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1,* Paris : Dalloz, 2011, 842 pages, p.207-267

BEAUD, O., « En guise de conclusion », *Revue française d'histoire des idées politiques,* 2011, n°34 « La notion d'exécution dans l'histoire constitutionnelle française », p.389-397

BEAUD, O., « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, n°143, 2012, p. 47-49

BEAUD, O., « L'étrange « démocratie exécutive » à la française », *Critique,* 2016, n°11, p.945-955

BECHILLON (de), D., « A propos de l'obligation faite au Gouvernement de prendre des règles d'exécution des lois », *AJDA,* 2009, p.686-689

BERNARD, M., « Le renouveau de la fonction consultative du Conseil d'Etat sous la Ve République », Etudes et Documents du Conseil d'Etat, n°46, La Documentation française, 1994, p.439-457

BERSTEIN, S., « La IVe République : république nouvelle ou restauration du modèle de la IIIe République ? », *in :* BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain,* PUF, 1992, 431 pages, p.357-381

BERSTEIN, S., « L'accueil de la société politique au discours d'Epinal », *in : Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France,* Actes du colloque à Epinal des 27 et 28 septembre 1996, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 254 pages, p.183-192

BIGOT, G., « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », *RFDA,* n°2, 2003, p.218-224

BIGOT, G., « La force du gouvernement : écritures et réécritures constitutionnelles de l'administration (1789-1799) », *Annales historiques de la Révolution française,* n°3, septembre 2017, p.19-38

BOULOUIS, N., « Sur une notion discutable : l'édiction des mesures d'application des lois en vertu « d'habilitations législatives » » *in : Juger l'administration, administrer la justice : Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Paris : Dalloz, 2007, 882 pages, spéc. p.113-120

BRAIBANT, G., « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit », *in : Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : Monchrestien, 1992, 707 pages, spéc. p.91-102

BREEN, E., « Le Doyen Vedel et Charles Eisenmann : une controverse sur les fondements du droit administratif », *RFDA,* 2002, n°2, p.232-243

BRUNET, P., « Les normes législatives et administratives », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1,* Paris : Dalloz, 2011, 842 pages, p.491-528

BURIN DES ROZIERS, E., *« Le rôle du Conseil d'Etat dans l'écriture de la Constitution », in :* MAUS, D., FAVOREU, L., PARODI, J.-L., (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958, Actes du colloque du XXXe anniversaire,* Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 852 pages, p.812 s.

CAMBY, P., « L'article 37 alinéa 2 de la Constitution n'est pas un pouvoir discrétionnaire du Premier ministre », *RDP,* 2000, n°1, p.1-8

CARTIER, E., « Histoire et droit : rivalité ou complémentarité ? », *RFDC,* n°67, 2006, p.509-534

CARTIER, E., « Les petites Constitutions : contribution à l'analyse du droit constitutionnel transitoire », *RFDC,* n°71, 2007, p.513-534

CARTIER, E., « De l'anéantissement au retour du *de cujus* ou l'insoutenable ambivalence de l'ordonnance du 9 août 1944 », *in :* FROGER, C., PLATON, S., BENELBAZ, C., BERTHIER, B., (dir.), *L'œuvre législative de Vichy d'hier à aujourd'hui,* Paris : Dalloz, 2017, 289 pages, p.43-65

CARTIER, E., « Une approche administrativiste du droit de la France libre », *in : Mélanges en l'honneur de Bernard Pacteau : Cinquante ans de contentieux publics,* Paris : Mare & Martin, 2018, 707 pages, spéc. p.181-215

CARTON, O., « Regard sur l'activité consultative du Conseil d'Etat de 1940 à 1944 : peut-on conseiller innocemment un gouvernement comme celui de Vichy ? », *RDP,* 2010, p.579-645

CARTON, O., « Premier regard sur l'activité consultative du Conseil d'Etat durant la Première Guerre mondiale », *in : Le Conseil d'Etat et la Grande Guerre,* actes du colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, à Paris, les 20 et 21 novembre 2015, Paris : La Documentation française, 2017, 238 pages, spéc. p.163-174

CHAGNOLLAUD, D., « La haute administration au pouvoir ? Les "grands commis" de la IVe République », *Pouvoirs,* 1996, n°76, p.107-115

CHATRIOT, A., « La difficile écriture de l'histoire du Conseil d'Etat », *French politics, culture & society,* vol. 26, n°3, october 2008, p.23-42

CHEVALLIER, J., « La coutume et le droit constitutionnel français », *RDP,* 1970, n°6, p.1375-1416

CHRETIEN, P., « La notion d'exécution dans l'élaboration de la jurisprudence administrative, *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.361-388

COMBACAU, J., « Conclusions générales » *in :* CAHIN, G., LAGRANGE, E., POIRAT, F., (dir.), *Les compétences de l'Etat en droit international,* Paris : Pedone, 2005, 320 pages, p.301-318

DELVOLVE, P., « Le Conseil d'Etat vu par la doctrine », *La Revue administrative,* numéro spécial 1997, 1997, p.50-55

DELVOLVE, P., « L'été des ordonnances », *RFDA,* n°5, 2005, p.909-921

DELVOLVE, P., « L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RFDA,* 2014, n°6, p.1211-1217

DENOIX DE SAINT-MARC, R., « Le Conseil d'État, acteur déterminant de l'élaboration des lois et règlements », *JCP G.,* 2006, I, p.479-482

DENQUIN, J.-M., « 1958 », *in :* BLUCHE, F., RIALS, S., (dir.), *Les révolutions françaises : les phénomènes révolutionnaires en France du Moyen Âge à nos jours,* Paris : Fayard, 1989, 500 pages, spéc. p.417-434

DENQUIN, J.-M., « Remarques sur la situation du droit constitutionnel en France », *RDP,* n°6, 2014, p.1472-1516

DEROSIER, J.-Ph., « Qu'est-ce qu'une révolution juridique ? Le point de vue de la théorie générale du droit », *RFDC,* n°2, 2015, p.391-404

DEROSIER, J.-Ph., « La législation en commission au Sénat : pérennisation d'une expérimentation. À propos de la réforme du Règlement du Sénat du 14 décembre 2017 et de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 2018 », *JCP-A*, 2018, act. 95, p.4-6

DRAGO, R., « Incidences contentieuses des attributions consultatives du Conseil d'État », *in : Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* tome 2, Paris : LGDJ, 1974, 2 vol., 858 pages, spéc. p. 379-388

DRAGO, G., « Fonction consultative du Conseil d'Etat et fonction de gouvernement : de la consultation à la codécision », *AJDA,* 2003, p.948-953

DRAGO, G., « Le domaine de la loi, brève histoire d'une dérive constitutionnelle », *in : Mélanges en l'honneur de Didier Truchet,* Paris : Dalloz, juin 2015, 728 pages, spéc. p.169-185

DUFFAU, J.-M., « Grandeur et décadence du règlement d'administration publique », *AJDA,* 1980, p.468-472

DUMONT, H., « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », *in :* HACHEZ, I., CARTUYVELS, Y., GERARD, P., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M., DUMONT, H., (dir.), *Les sources du droit revisitées, vol. 1 : Normes internationales et constitutionnelles,* Limal : Anthémis ; Bruxelles : Université Saint-Louis, 2012, 687 pages, spéc. p.581-634

DURAND, C., « Les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental de l'an IV à 1814 », *in :* DURAND, C., LANZA, A., *Études sur les rapports entre la loi et le règlement gouvernemental au XIXe siècle,* Aix-en-Provence : PUAM, 1976, 416 pages, spéc. p.5-249

DURAND, B., « Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements ? Une controverse aux frontières du droit et de la politique. », *Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français,* 2007, n°3, p.11-54

DYZENHAUS, D., « L'état d'exception », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 2, Distribution des pouvoirs,* Paris : Dalloz, 2012, 805 pages, spéc. p.737-765

EVEILLARD, G., « La place de la volonté générale dans l'élaboration de l'acte administratif unilatéral », *Juspoliticum,* n°10, mars 2014, [En ligne]

FABRE, M.-H., « La loi, expression de la souveraineté », *RDP,* 1979, p.341-347

FAURE, B., « La crise du pouvoir réglementaire : entre ordre juridique et pluralisme institutionnel », *AJDA,* 1998, p.547-522

FAVOREU, L., « Le Conseil constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics », *RDP,* 1967, p.5-120

FAVOREU, L., « Les règlements autonomes existent-ils ? », *in Mélanges offerts à G. Burdeau,* 1977, p.405-491

FAVOREU, L., « Les règlements autonomes n'existent pas », *RFDA,* 1987, p.871-884

FAVOREU, L., « Ordonnances ou règlements d'administration publique » ?, *RFDA,* 1987, p.686-699

FAVOREU, L., « Les sources normatives secondaires en droit français », Communication présentée au Colloque international organisé par l'Université de Florence sur le thème : *Les sources normatives secondaires en droit comparé,* 12-13 mai 1989, spéc. p.483-493

FAVOREU, L., « La loi » in : *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989,* Journées d'études des 16-17 mars 1989, coll. Droit public positif, Economica-PUAM, 1990, p.79-101

FAVOREU, L., « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC,* vol. 1, 1990, p.71-89

FAVOREU, L., « Le Conseil d'Etat, défenseur de l'Exécutif », *in Mélanges en hommage à Jean Boulouis,* Paris : Dalloz, 1991, p.237-255

FAVOREU, L., « Le pouvoir normatif primaire du Gouvernement en droit français », *RFDC,* 1997, p.713-726

FERRARI, P., « Essai sur la notion de coauteurs d'un acte unilatéral en droit administratif français », *in : Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris : Editions Cujas 1975, 467 pages, spéc. p.215-229

FERRARI, S., « De l'art du trompe-l'œil : l'abrogation implicite de la loi par la Constitution au service d'un *continuum* constitutionnel », *RFDC,* n°83, 2010, p.497-521

FOULQUIER, N., « Le Conseil d'Etat et l'antiparlementarisme. Questions sur les effets institutionnels de la jurisprudence administrative », *Droits,* 2007, n°44, p.161-180

FOULQUIER, N., « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Juspoliticum,* n°2, mars 2009, [En ligne, URL]

FRAYSSE, E., « Georges Vedel et les bases administratives du droit constitutionnel », *RFDA,* 2016, p.391-396

GAUDEMET, Y., « La prévention du contentieux administratif par les avis du Conseil d'Etat », *Revue administrative,* 1999, n°spécial, p.95-104

GAUDEMET, Y., « La loi administrative, *RDP,* 2006, n°1, p.65-84

GEORGES, N., « L'Union française vue du Conseil d'Etat », *in :* MASSOT, J., *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'Outre-mer français du XVIIe siècle à 1962,* Paris : Dalloz, 2007, 264 pages, spéc. p.127-156

GIRARD, A.-L., « Pouvoir de gouvernement, pouvoir minoritaire et suprématie de l'exécutif sous la Ve République », *in :* ALONSO, C., DURANTHON, A., SCHMITZ, J., *La pensée du doyen Maurice Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?,* Aix-en-Provence : PUAM, 2015, 711 pages, spéc. p.541-652

GONOD, P., « Le Conseil d'Etat républicain (de 1872 à nos jours) », *La Revue administrative,* numéro spécial 8, 1999, p.33-42

GUEDON, M.-J., « Décret et Constitution », in *Etudes en l'honneur de Georges Dupuis,* LGDJ, 1997, p.125-138

GUIBAL, M., « Le retard des textes d'application des lois », *RDP,* 1974, p.1039-1078

GUIHAL, D., « La répartition entre décret en Conseil d'Etat et décret simple », *AJDA,* 2010, p. 1308-1310

GUILLAUME, M., « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs,* n°114, 2005, p.117-129

HAZAREESINGH, S., « L'imaginaire républicain en France de la Révolution française à Charles de Gaulle », *Revue historique,* 2011, n°659, p.637-654

HEILBRONNER, A., « Le rôle du Conseil d'Etat français dans la confection des lois, à travers les allocutions des Gardes des Sceaux », *Mélanges Stassinopoulos,* Paris : LGDJ, 1974, p.25-30

HENNING, J., « Les conditions posées pour le recours aux décrets-lois sous la Troisième République », *RDP,* n°5, 2019, p.1179-1204

HERRERA, C.-M., « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France,* Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, 2001, 147 pages, spéc. p.13-28

HOEPFFNER, H., « Les avis du Conseil d'Etat. Essai de synthèse », *RFDA,* 2009, p.895-909

HUMMEL, J., « Le constitutionnalisme européen à l'épreuve de l'irrationalité politique (1914-1918). La République française et l'Empire allemand face à la « guerre totale » », *Droits,* 2007, n°46, p.97-116

JANOT, R., « L'origine des articles 34 et 37 », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence : Economica-PUAM, 1981, 2e éd., 275 pages, spéc. p.61-70

JEANNOT-GASNIER, A., « La contribution du Conseil d'Etat à la fonction législative », *RDP,* n°4, 1998, p.1131-1176

JOUANJAN, O., « La Constitution », *in :* GONOD, P., MELLERAY, F., YOLKA, P., (dir.), *Traité de droit administratif, Tome 1,* Paris : Dalloz, 2011, 842 pages, p.384-412.

JOUANJAN, O., « La notion d'exécution dans la doctrine classique », *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.343-360

LABETOULLE, D., « Décret simple ou décret en Conseil d'Etat », *Revue juridique de l'économie publique,* n°677, juillet 2010, p.1-2

LABETOULLE, D., « La place du décret en Conseil d'Etat dans l'exercice du pouvoir réglementaire général », *in : La conscience des droits : mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa,* Paris : Dalloz, 2011, 710 pages, p.353-362

LAQUIEZE, A., « Le fondement constitutionnel de l'obligation pour le pouvoir réglementaire d'exécuter les lois », Note sur CE, Sect., 28 juillet 2000, *Association France nature environnement, Les Petites Affiches,* 17 novembre 2000, n°230, p.14-20

LAQUIEZE, A., « 1958, une révolution dissimulée ? », *in :* ROUVILLOIS, F., (dir.), *La révolution de 1958,* actes du colloque du Centre Maurice Hauriou organisé le 22 novembre 2018 à l'Université Paris Descartes, Paris : Cerf Patrimoines, 2019, 292 pages, spéc. p.103-115

LEGENDRE, P., « Administrer en vue du salut. Une étude, du fond de la région des ombres », *in :* LEGENDRE, P., *Fantômes de l'Etat en France : parcelles d'histoire,* Paris : Fayard, 2015, 233 pages, spéc. p.39-124

LEMAIRE, E., « Le désaccord du Parlement et du Gouvernement sur « La Constitution du pouvoir politique en temps de guerre » : l'échec du projet Briand sur les décrets-lois (décembre 1916-janvier 1917) », *Juspoliticum,* n°15, janvier 2016 [En ligne]

LE MIRE, P., « La réforme du pouvoir réglementaire gouvernemental », *RDP,* 1981, p.1241-1269

LEVY, D., « De l'idée de coutume constitutionnelle à l'esquisse d'une théorie des sources du droit constitutionnel et de leur sanction » *in : Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann,* Paris : Editions Cujas, 1977, 467 pages, spéc. p.81-90

LONG, M., « Le Conseil d'Etat et la fonction consultative, de la consultation à la décision », *RFDA,* 1992, p.787-794

LONG., M., « Mon expérience de la fonction consultative du Conseil d'Etat de 1987 à 1995 », *RDP,* 1998, p.1421-1443

LUCHAIRE, F., « Le Conseil d'Etat et la Constitution », *Revue administrative.,* 1979, p.141-145

LUCHAIRE, F., « Le règlement et l'acte réglementaire en droit constitutionnel français », *in :* CONAC, G., MAISL, H., VAUDIAUX, J., (dir.), *in : Itinéraires : études en l'honneur de Léo Hamon,* Paris : Economica, 1982, 685 pages, p.445-463

MASSOT, J., « Le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration du droit : avis consultatif et propositions », *La Revue administrative,* 1999, Numéro spécial 5, p.151-175

MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », *in : la République : Mélanges en l'honneur de Pierre Avril,* Paris : Montchrestien, 2001, 632 pages, p.363-371

MASSOT, J., « Le Conseil d'Etat artisan du droit constitutionnel de la Ve République », *in : Le nouveau constitutionnalisme : mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Paris : Economica, 2001, 458 pages, p.193-207

MASSOT, J., « La fonction consultative du Conseil d'Etat », *La Revue administrative,* n°3, 2000, p.21-28

MASSOT, J., « Les catégories de décrets réglementaires : critère matériel et critère formel », *in la République, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac,* Economica, 2001, p.193-207

MATHIEU, B., « Carré de Malberg et la loi : l'explication de la souveraineté parlementaire », *in : Rebâtir la République : la reconstruction juridique et constitutionnelle de la France,* Actes du colloque à Epinal des 27 et 28 septembre 1996, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, 254 pages, p.34-40

MATHIEU, B., « La part de la loi, la part du règlement », *Pouvoirs,* n°114, 2005, p.73-87

MATHIOT, A., « Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940 », *in : Livre du centenaire de la société de législation comparé. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969),* t.1, Paris : LGDJ, 1969, 382 pages, spéc. p.165-182

MAULIN, E., « Compétence, capacité, pouvoir », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, spéc. p.33-47

MAULIN, E., « Maurice Hauriou et le pouvoir minoritaire », *in :* ALONSO, C., DURANTHON, A., SCHMITZ, J., *La pensée du doyen Maurice Hauriou à l'épreuve du temps : quel(s) héritage(s) ?,* Aix-en-Provence : PUAM, 2015, 711 pages, spéc. p.533-540

MAUS, D., « Guy Mollet et l'élaboration de la Constitution de 1958 », *in :* MAUS, D., *Etudes sur la Constitution de la Ve République : la mise en place, la pratique,* Paris : STH, 1990, 301 pages, spéc. p.55-66

MAUS, D., « De la IVe à la Ve République : ruptures et continuités », *in :* MAUS, D., *Etudes sur la Constitution de la Ve République : la mise en place, la pratique,* Paris : STH, 1990, 301 pages, spéc. p.15-54

MAUS, D., « Renforcer l'exécutif : les propositions de Jérôme Solal-Céligny », *in :* MELIN-SOUCRAMANIEN, F ., POUILLE, A., (dir.), *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff : la Constitution et les valeurs,* Paris : Dalloz, 2005, 615 pages, spéc. p.471-484

MESTRE, J.-L., « De l'ancien sur l'article 37 alinéa 2 de la Constitution », *RFDA,* 2001, p.301-318

MESTRE, J.-L., « Encore de l'ancien sur l'article 37, alinéa 2, de la Constitution de 1958 », *in : Droit, politique et littérature : mélanges en l'honneur de Yves Guchet,* Bruxelles : Bruylant, 2008, 645 pages, p.123-135

MEUNIER, J., « La rhétorique du gouvernement des juges et la répartition des compétences normatives dans les travaux préparatoires à la Constitution de 1958 », *in : Mélanges Patrice Gélard : Droit constitutionnel,* 2000, 489 pages, p.117-125

MILLARD, E., « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société,* n°30-31, 1995, p.381-412

MOUGNIOT, R., « La Constitution de 1958 et la codification des textes législatifs et réglementaires », *Revue administrative,* mars-avril 1963, p.195-198

NAPOLI, P., « Police et société. La médiation symbolique du droit. », *Enquête,* n°7, « Les objets du droit », novembre 1999, p.127-144

PACTEAU, B., « La doctrine juridique face à la Grande Guerre », *in : Le Conseil d'Etat et la Grande Guerre,* actes du colloque organisé par le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative, à Paris, les 20 et 21 novembre 2015, Paris : La Documentation française, 2017, 238 pages, spéc. p.199-228

PACTET, P., « La loi, permanence et changements », *in : Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : Monchrestien, 1992, 707 pages, spéc. p.503-515

PETOT, J., « La naissance du pouvoir administratif dans la France moderne », *in : Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier,* Paris : Editions Emile-Paul, 1981, 895 pages, spéc. p.257-288

PEZANT, J.-L., « Loi / règlement, la construction d'un nouvel équilibre », *Revue française de science politique,* 1984, n°4-5, p.922-954

PEZANT, J.-L., « Les dispositions instituant un système de délimitation des compétences législatives et réglementaires », *in :* MAUS, D., FAVOREU, L., PARODI, J.-L., (dir.), *L'écriture de la Constitution de 1958 : actes du colloque du 30e anniversaire*, Aix-en-Provence : PUAM ; Paris : Economica, 1992, 852 pages, spéc. p.509-576

PHILIP, L., « Des intentions des constituants de 1946 à la pratique de la Ve République ou de la continuité en droit constitutionnel français », *RDP,* septembre-octobre 1984, p.1245-1254

PINA, S., « La diffusion des travaux de Hans Kelsen en France », *Archives de philosophie du droit,* tome 58, 2015, p.373-392

PINON, S., « Le pouvoir exécutif dans l'œuvre constitutionnelle de Maurice Hauriou (1856-1929) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique,* 2004, n°24, p.119-164

PRELOT, P.-H., « Actualité de Kelsen », *in :* HERRERA, C.-M., (dir.), *Actualité de Kelsen en France,* Paris : LGDJ ; Bruxelles : Bruylant, 2001, 147 pages, p.5-9

PREUVOT, P., « L'amélioration de l'application des lois : un enjeu dans la relation Parlement-Gouvernement », *RDP,* n°1, 2012, p.39-65

QUERMONNE, J.-L., « Georges Burdeau et le pouvoir d'Etat », *in :* CHANTEBOUT, B., (dir.), *Le pouvoir et l'Etat dans l'œuvre de Georges Burdeau,* Aix-en-Provence : PUAM, Paris : Economica, 1993, 97 pages, spéc. p.85-97

RAYNAUD, F., FOMBEUR, P., « Définition du décret en Conseil d'Etat », *AJDA,* 1998, n°10, p.780-786

RIALS, S., « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle », *La Revue administrative,* n°189, 1979, p.265-273

RIVERO, J., « Rapport de synthèse », *in :* FAVOREU, L., (dir.), *Le Domaine de la loi et du règlement : l'application des articles 34 et 37 de la Constitution depuis 1958, bilans et perspectives : actes du colloque organisé les 2 et 3 décembre 1977 à Aix-en-Provence*, Aix-en-Provence : Economica-PUAM, 1981, 2e éd., 275 pages, spéc. p.261-273

RIVERO, J., « Le juge administratif : gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? », *Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* 1974, p.701-717, *rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., VEDEL, G., *Pages de doctrine, 2. L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale,* Paris : LGDJ, 1980, t.2, 544 pages, spéc. p.313-328

ROUSSELLIER, N., « La contestation du modèle républicain dans les années 30 : La réforme de l'Etat », *in :* BERSTEIN, S., RUDELLE, O., (dir.), *Le modèle républicain,* PUF, 1992, 431 pages, p.319-335

ROUSSELLIER, N., « Deux formes de représentation politique : le citoyen et l'individu », *in :* SADOUN, M., *La Démocratie en France, 1. Idéologies,* Paris : Gallimard, 2000, 469 pages, p.247-331

ROUSSELLIER, N., « Gouvernement et Parlement dans l'entre-deux guerres », *in :* BARUCH, M.-O., DUCLERT, V., (dir.) *Serviteurs de l'Etat : une histoire politique de l'administration française : 1875-1945,* Paris : La Découverte, 2000, 587 pages, spéc. p.109-124

ROUSSELLIER, N., « Le Parlement français et la Première Guerre mondiale », *Parlement[s], revue d'histoire politique,* n°10, 2008, p.13-30

ROUSSELLIER, N., « Le Parlement face à l'Exécutif », *in : Le parlementarisme de guerre en France et en Europe (1914-1918),* actes du colloque organisé au Sénat le 14 juin 2014 [En ligne]

ROUSSELLIER, N., « La Constitution de 1958 allait-elle dans le « sens de l'Histoire » ? », *Titre VII,* n°1, septembre 2018, [En ligne]

ROUX, M., « La fonction consultative du Conseil d'Etat », *La Revue administrative,* 1999, n°6, p.16-22

RUDELLE, O., « Idée républicaine, lois fondamentales, résistance constitutionnelle : de Claude Nicolet à Michel Debré en passant par Marc Bloch et Alexis de Tocqueville : droit, histoire et mémoire » *in : Renouveau du droit constitutionnel : mélanges en l'honneur de Louis Favoreu,* Paris : Dalloz, 2007, 1783 pages, spéc. p.915-936

SAINT-BONNET, F., « Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel. Une propédeutique administrativiste pour le nouveau droit constitutionnel », *in :* BIGOT, G., BOUVET, M., *Regards sur l'histoire de la justice administrative. Journées d'études du Centre d'histoire du droit de l'Université de Rennes 1,* Paris : Litec, 2006, 347 pages, spéc. p.289-303

SAINT-BONNET, F., « L'abnégation des hommes, le sacrifice de la légalité. La grande guerre et l'impossible naissance d'un droit administratif d'exception. », *Juspoliticum,* n°15, janvier 2016, [En ligne]

SEILLER, B., « Précisions sur l'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire », *AJDA,* 2004, p.561-766

SERRAND, P., « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Juspoliticum,* n°4, 2010, [En ligne]

STIRN, B., « Lois et règlements : le paradoxe du désordre », *RDP,* n°1, 2006, p.129-137

TEITGEN-COLLY, C., « René Cassin Vice-Président du Conseil d'Etat », *RDP,* n°1, 2011, p.15-53

TREMEAU, J., « La caducité des lois incompatibles avec la Constitution », *Mémoire de DEA,* Université d'Aix-Marseille III, 1990, reproduit *in : Annuaire International de Justice Constitutionnelle,* 6-1990, 1992, p.219-316

TREMEAU, J., « Le droit applicable aux décrets antérieurs à la Constitution de 1958 », *RFDA,* n°4, 1995, p.792-799

TROPER, M., « Nécessité fait loi. Réflexions sur la coutume constitutionnelle », *in : Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier,* Paris : Editions Emile-Paul, 1981, 895 pages, spéc. p.309-323

TROPER, M., « Du fondement de la coutume à la coutume comme fondement », *Droits,* n°3, 1986, p.11-24

TROPER, M., « De l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales, Economies, Société, Civilisations,* 1992, n°6, p.1171-1183

TROPER, M., « De Gaulle et la séparation des pouvoirs », *in :* Institut Charles De Gaulle, *De Gaulle en son siècle,* t.2, Paris : Plon : La Documentation française, 1992, 564 pages, spéc. p.179-189

TROPER, M., « La théorie de la fonction gouvernementale chez Georges Burdeau », *in :* CHANTEBOUT, B., (dir.), *Le pouvoir et l'Etat dans l'œuvre de Georges Burdeau,* Aix-en-Provence : PUAM, Paris : Economica, 1993, 97 pages, spéc. p.73-84

TROPER, M., « Les relations extérieures dans la Constitution de l'an III – vers une fonction gouvernementale », *in : Mélanges offerts à Hubert Thierry : l'évolution du droit international,* Paris : Pedone, 1998, 417 pages, spéc. p.403-417

TROPER, M., « Les nouvelles séparations des pouvoirs », *in :* BAUME, S., BIANCAMARIA, F., (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs,* Paris : Michel Houdiard Editeur, avril 2008, 192 pages, spéc. p.17-37

TROPER, M., « La notion d'exécution dans les constitutions révolutionnaires », *RFHIP,* 2011/2, n°34, p.299-310

TUSSEAU, G., « L'indisponibilité des compétences », *in :* AFDA, *La compétence,* Paris : Litec, 2008, 272 pages, spéc. p.101-126

TUSSEAU, G., « La législation déléguée », *in :* TROPER, M., CHAGNOLLAUD, D., (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Tome 3, Suprématie de la Constitution ,* Paris : Dalloz, 2012, 825 pages, p.606-657

VEDEL, G., « Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français (1945-1965) », *in : Livre du centenaire de la société de législation comparé. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969),* t.1, Paris : LGDJ, 1969, 382 pages, spéc. p.183-198

VEDEL, G., « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », *in : Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* tome 2, Paris : LGDJ, 1974, 858 pages, spéc. p. 777-793

VEDEL, G., « Les sources idéologiques de la Constitution de 1958 », *Etudes juridiques,* 1958, p.5-8 *rééd. in :* LAUBADERE (de), A., MATHIOT, A., RIVERO, J., *Pages de doctrine, 1. Aux sources du droit, l'Etat et la politique,* Paris : LGDJ, 1980, t.1, 607 pages, spéc. p.493-500

VEDEL, G., « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in : Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : Monchrestien, 1992, 707 pages, spéc. p.647-671

VENEZIA, J.-C., « Les pouvoirs implicites dans la jurisprudence administrative », *in : Mélanges offerts à Marcel Waline : le juge et le droit public,* tome 2, Paris : LGDJ, 1974, 858 pages, spéc. p. 795-809

VENEZIA, J.-C., « Sur l'exercice de la fonction exécutive par le Parlement de la Ve République », *in : Le pouvoir : mélanges offerts à Georges Burdeau,* Paris : LGDJ, 1977, 1190 pages, p.481-491

VENEZIA, J.-C., « Les mesures d'application », *in : Mélanges René Chapus : droit administratif,* Paris : Monchrestien, 1992, 707 pages, spéc. p.673-679

VERGELY, D., « L'équilibre des pouvoirs : une utopie constitutionnelle », *RDP,* 2009, n°5, p.1452-1472

VERPEAUX, M., « Le pouvoir réglementaire sous la Révolution », *Droits,* n°17, 1993, p.113-124

VERPEAUX, M., « Le pouvoir réglementaire », *in :* SEILLER, B., BIENVENU, J.-J., PETIT, J., PLESSIX, B., *La Constitution administrative de la France,* Paris : Dalloz, Thèmes et commentaires, mai 2012, 395 pages, p.211-226

VILLIERS (de), M., « La jurisprudence de l'état de la législation antérieure », *AJDA,* 1980, p.387-397

WATRIN, G., « Le domaine législatif et le domaine réglementaire dans la coutume constitutionnelle française », *Annales de la faculté de droit d'Istanbul,* 1969, n°1, p.1-20

WROBLEWSKI, J., « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et société,* 1988, n°8, p.13-27

*

* *

SOURCES D'ARCHIVES

FONDS D'ARCHIVES PUBLIQUES

Archives du Conseil d'Etat

Dossiers d'affaires administratives examinées à Bordeaux[1]
dates : septembre-décembre 1914
cotes : AL//7275 à AL//7284
localisation : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine

Registres des procès-verbaux d'affaires administratives[2]
dates : 1914-1918
cotes : AL//5381 à AL//5386
localisation : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine

Procès-verbaux des Assemblées générales du Conseil d'Etat[3]
dates : 1914-1940
cotes : AL//5164 à AL//5254
localisation : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine

Dossiers d'affaires administratives[4]
dates : 1946-1959
cotes : 19990025/1 à 19990025/551
localisation : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine

Procès-verbaux d'affaires administratives passées en Assemblée générale[5]
dates : 1946-1959
cotes : 19990026/1 à 19990026/29
localisation : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine

Registres des procès-verbaux de la Commission permanente[6]
dates : 1945-1959
cotes : 199815/1 à 199815/11
localisation : Archives du Conseil d'Etat – site de la rue Richelieu (Paris)

Archives de la Section du rapport et des études
« Dossier : Étude n°25 - Le pouvoir réglementaire : composition du groupe d'étude, correspondance, compte-rendu d'entretien avec Pierre Laroque, notes, travaux du groupe d'étude, minute et discussions de l'Assemblée générale du 15 février 1979, rapport final. »
date : 15 février 1979
cote : 20050574/21
localisation : Archives du Conseil d'Etat – site de la rue Richelieu (Paris)

---

[1] Examen exhaustif
[2] Examen exhaustif
[3] Examen ciblé
[4] Examen exhaustif
[5] Examen ciblé
[6] Examen exhaustif

Archives de la Présidence de la République

Dossiers de Raymond Janot, conseiller juridique de la Présidence[7]
dates : 1947-1951
cotes : 4AG/25
localisation : Archives du Conseil d'Etat – site de Pierrefitte-sur-Seine

Archives publiées

Travaux préparatoires des institutions de la Ve République

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume I, Des origines de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 à l'avant-projet du 29 juillet 1958, Paris : La Documentation Française, 1988, 613 pages

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958. Volume II, le Comité consultatif constitutionnel de l'avant-projet du 29 juillet 1958 au projet du 21 août 1958, Paris : La Documentation Française, 1988, 787 pages

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958. Volume III, Du Conseil d'Etat au référendum, 20 août-28 septembre 1958, Paris : La Documentation Française, 1991, 777 pages

Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958. Volume IV, Commentaires sur la Constitution, 1958-1959, Paris : La Documentation Française, 2001, 403 pages

Archives constitutionnelles de la Ve République

Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 1, 4 octobre 1958 – 30 novembre 1958, Paris : La Documentation France, 2008, 838 pages

Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 2, 1er décembre 1958 – 7 janvier 1959, Paris : La Documentation France, 2008, 779 pages

Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 3, 8 janvier 1959 – 27 avril 1959, Paris : La Documentation France, 2010, 928 pages

Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 4, 28 avril 1959 – 31 juillet 1959, Paris : La Documentation France, 2010, 1006 pages

Archives constitutionnelles de la Ve République. Volume 5, Témoignages 1958 – 1995, Paris : La Documentation France, 2011, 524 pages

Archives numérisées

Avis du Conseil d'Etat sur les questions en matière administrative
dates : 1914-1918 ; 1947-1992
localisation : *Consilia Web* [https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/consiliaweb]

[7] Examen exhaustif

Archives de René Cassin

(localisation : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine)

AN, 382 AP 75 – Travaux du Gouvernement provisoire (suite). 1944-1947

Dossier 2 : Problèmes constitutionnels. 1945-1947 – Note du Gouvernement provisoire sur les projets de Constitution (4 juillet 1945) ; Assemblée nationale constituante : travaux de la commission de la Constitution, correspondance et avis du Conseil d'Etat, 1945-1946 ; Avis confidentiels rendus par le Conseil d'Etat sur l'application de la Constitution de 1946-1947.

Dossier 3 : consultations de Cassin sur les problèmes constitutionnels. 1945-1946 – Note sur la Constitution de 1875 ; Observations sur diverses propositions de loi et sur le statut de la fonction publique.

AN, 382 AP 100 – Fonctionnement intérieur du Conseil d'Etat.

Dossier 1 : (sans titre) – Généralités : notes manuscrites de Cassin ; lettres, messages et note du secrétaire général du Conseil d'Etat et de conseillers d'Etat, 1946-1960

Dossier 3 : Réforme générale du Conseil d'Etat. 1943-1956 – Commission d'étude pour la réforme du Conseil d'Etat : séances, notes et correspondance, 1943-1945 ; projet de décret et d'ordonnance. 1945. ; Correspondance au sujet de la réforme des conditions de travail. 1947 ; Note sur l'amélioration des méthodes de travail. 1955-1956

AN, 382 AP 102 – Travaux du Conseil d'Etat. 1945-1958

Dossier 2 : (sans titre) – Projets de lois et de décrets soumis par le Gouvernement au Conseil d'Etat, avec répartition par section du Conseil. 1947-1958.

AN, 382 AP 103 – Travaux constitutionnels. 1958-1959

Dossier 1 : Correspondance relative au retour au pouvoir du général de Gaulle, 1958. – Notes et lettres de Cassin au générale de Gaulle (18 et 29 mai) ; Échanges de lettres avec Daniel Mayer, président de la Ligue des droits de l'homme ; Correspondance avec les présidents des sections du Conseil d'Etat à propos de la réforme constitutionnelle (juillet 1958) ; Lettre à P. Ramadier sur le projet de Constitution (2 septembre 1958) ; Lettres aux rédacteurs en chef de *Paris-Presse* et *France-soir.*

Dossier 2 : Courrier reçu. Mai-septembre 1958 – Lettres et circulaires des Compagnons de la Libération (mai-juin 1958) ; Lettre de Léo Hamon expliquant son ralliement ; Notes du président de la Cour des comptes sur la question algérienne et notes de conseillers d'Etat (dont G. Pompidou) ; Lettre de démission de M. Querrien, membre de la Commission constitutionnelle provisoire ; Suggestions d'ordre constitutionnel adressés à Cassin par des magistrats, des personnalités politiques, des associations et des particuliers.

Dossier 3 : Travaux des organismes constitutionnels provisoires. 1958-1959 – Réunions constitutionnelles de juin 1958 : comptes rendus ; Comité interministériel puis Comité consultatif constitutionnel : convocations ; élaboration des titres relatifs au Président de la République, au Parlement et au Gouvernement : projet de Constitution annoté par Cassin. Juillet-mi-août 1958. ; Commission constitutionnelle provisoire : projet du Gouvernement, texte du rapporteur, texte de la Commission ; procès-verbal de la séance du 23 décembre 1958 ; notes manuscrites de Cassin sur les projets de Constitution et sur la fonction de Président de la République ; dissolution de la Commission : lettre de de Gaulle à Cassin et réaction des membres. Août 1958-février 1959.

Archives de André Chandernagor

(localisation : Office universitaire de recherche socialiste – site de la cité Malesherbes, Paris)

62 APO 1 – Projets de révision constitutionnelle, 1956-1958

Dossier 1 : Correspondances, 1956-1958. – Lettre de René Coty, président de la République, à Guy Mollet, président du Conseil, 24 avril 1956, transmettant un rapport daté du 21 mars 1956 de M. le préfet Chérif Mecheri, secrétaire général du Conseil de l'Union française, sur le fonctionnement du Haut-Conseil. ; Lettre de M. Gagnaire, député du Rhône, transmettant les suggestions du professeur Guilliem sur la réforme constitutionnelle, 11 juin 1956. Lettre de Gaston Monnerville, président du Conseil de la République, transmettant une note sur les institutions algériennes, 16 juin 1956. ; Lettre de Roger Duveau, sous secrétaire d'État à la marine marchande, transmettant une communication sur le problème Algérien, 26 juin 1956 - note sur cette communication ; Lettre de Paul Dévinat à Guy Mollet, sur son projet de révision du titre VIII de la constitution proposé par Paul Coste-Floret, 5 juillet 1956. ; Lettre de Pierre Pflimlin à Guy Mollet, 26 novembre 1956 ; Lettre de Edmond Barrachin, député de la Seine, à Guy Mollet, 13 décembre 1956. ; Lettre de Robert Lecourt, président du groupe parlementaire MRP à Guy Mollet, 4 janvier 1957, sur la révision du titre VIII. Projet de réforme de État proposé par le MRP, 10 janvier 1957.

Dossier 3 : Révision de la constitution – Renforcement de l'exécutif : diverses notes de André Chandernagor (AC), propositions présidence : catalogue sommaire de mesures destinées à renforcer l'exécutif, par Jérôme Solal et André Chandernagor, octobre 1956, 4 versions ; schéma d'ensemble, 6 décembre 1956 ; modification de la procédure de dissolution, des interpellations, question de confiance (E. Weill-Raynal), sur les procédures spéciales, modification du règlement de l'Assemblée nationale. ; Propositions parlementaires relatives à la révision des articles parlementaires. - notes diverses : note sur la révision constitutionnelle, Groupe socialiste, 18 octobre 1956 ; schéma du système de scrutin individuel avec représentation proportionnelle intégrale, octobre 1957, note sur la réforme électorale, 2 octobre 1957 (E. Weill-Raynal) - Articles divers.

Archives du Rassemblement du peuple français (RPF)

(localisation : Sciences Po – site de la rue Saint-Guillaume, Paris)

COL4°0276(1948-2) – 2ème session du Conseil national
(27 septembre - 2 octobre 1948, Levallois-Perret)

7e commission Réforme de l'Etat, Constitution. [Dossier 26] Rapport sur la révision de la Constitution par René Capitant (13 p.) ; [Dossier 27] 2e partie La Constitution actuelle et l'Union française : études critique (14 p.) ; [Dossier 28] 3e partie Projet de texte constitutionnel concernant l'Union française (10 f.) ; [Dossier 29] Rapport sur la loi électorale par M. Saint Mleux, 13/09/1948 (4 p.) ; [Dossier 30] La réforme administrative : organisation des cadres territoriaux et de l'action locale, Gabriel Bolifraud rapporteur, 15/09/1948 (11 p.)

COL4°0276(1951-4) – 4ème session du Conseil national
(2-3-4 novembre 1951, Saint-Mandé)

7e commission Réforme de l'Etat, Constitution, Affaires départementales et communales, Affaires intérieures. [Dossier 8] Rapport sur la réforme de l'Etat et la révision constitutionnelle, par Michel Debré (5 p.)

COL4°0276(1953-1) – 1ère session du Conseil national
(27-28 février, 1er mars 1953, Levallois-Perret)

[Dossier 4] Rapport sur la révision de la Constitution, présenté par Marcel Waline (10 p.)

* *
*

ANNEXES

– TABLE DES ANNEXES –

ANNEXE 1 : Projet de Constitution girondine, présenté les 15 et 16 février 1793 857

ANNEXE 2 : Constitution montagnarde du 24 juin 1793 859

ANNEXE 3 : Sénatus-consulte du 3 mai 1854 réglant la constitution des colonies 861

ANNEXE 4 : Note du 31 octobre 1945 sur la délégation de compétence à conférer par l'Assemblée au Gouvernement pendant la période constituante, en matière législative 863

ANNEXE 5 : Projet de loi tendant au redressement économique et financier (dite loi « André Marie »), adressé au Conseil d'Etat le 4 août 1948 867

ANNEXE 6 : Avis du Conseil d'Etat, du 5 août 1948, sur le projet de loi tendant au redressement économique et financier (dite loi « André Marie ») 869

ANNEXE 7 : Loi du 17 août 1948 (dite « André Marie ») tendant au redressement économique et financier..... 871

ANNEXE 8 : Avis du Conseil d'Etat, du 8 fév. 1949, sur un projet de loi sur la formation professionnelle..... 873

ANNEXE 9 : Avis du Conseil d'Etat, du 23 juin 1949, sur un projet de loi fixant le statut des chefs coutumiers en Afrique occidentale française, en Afrique équatoriale française, au Cameroun et au Togo 875

ANNEXE 10 : Avis du Conseil d'Etat, du 5 décembre 1950, sur un projet de loi de finances pour 1951 877

ANNEXE 11 : Avis du Conseil d'Etat, du 2 mai 1951, sur un projet de décret portant RAP pour l'application de la loi du 27 mars 1951 relative aux modalités de répartition du fonds de péréquation communal 879

ANNEXE 12 : Avis du Conseil d'Etat, du 1er juillet 1952, sur la question de savoir si un décret peut légalement rendre applicables aux actes commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'OTAN les dispositions réprimant les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat..... 881

ANNEXE 13 : Avis du Conseil d'Etat, du 25 septembre 1952, sur un projet de loi tendant à valider la loi du 26 août 1942 ayant pour objet la reconstitution des archives hypothécaires détruites au cours de la guerre 883

ANNEXE 14 : Projet de loi relatif à la réforme administrative (« projet Antoine Pinay »), du 11 sept. 1952..... 885

ANNEXE 15 : Projet de loi relatif à la réforme administrative (« projet Antoine Pinay ») du 5 déc. 1952..... 887

ANNEXE 16 : Avis du Conseil d'Etat, du 18 décembre 1952, sur le projet de loi relatif à la réforme administrative (« projet Antoine Pinay »)..... 891

ANNEXE 17 : Projet d'avis du Conseil d'Etat, du 6 février 1953, sur l'interprétation à donner de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 (projet du rapporteur Georges Maleville)..... 893

ANNEXE 18 : Avis du Conseil d'Etat, du 6 février 1953, sur l'interprétation à donner de l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946 895

ANNEXE 19 : Avis du Conseil d'Etat, du 20 juillet 1955, sur un projet de loi portant réforme de l'enseignement public 897

ANNEXE 20 : Proposition de loi tendant à opérer un classement de principe des matières législatives par nature et à définir le domaine d'exercice du pouvoir réglementaire, déposée par Guy Petit le 22 mars 1956 899

ANNEXE 21 : Avis du Conseil d'Etat, du 15 novembre 1956, sur une proposition de loi tendant à opérer un classement des matières législatives par nature et à définir le domaine d'exercice du pouvoir réglementaire ... 903

ANNEXE 22 : Propositions concernant la révision constitutionnelle en cours, présentées, le 6 décembre 1956, par André Chandernagor, conseiller technique, à Guy Mollet, président du conseil 905

ANNEXE 23 : Avis du Conseil d'Etat, du 11 février 1957, sur un projet de loi fixant les principes de la politique agricole 909

ANNEXE 24 : Projet de loi relatif à la réforme administrative (« projet Guy Mollet »), du 3 mai 1957 911

ANNEXE 25 : Avis du Conseil d'Etat, du 16 mai 1957, sur le projet de loi relatif à la réforme administrative .. 913

ANNEXE 26 : Projet de loi constitutionnelle tendant à la révision des articles 9, 12 §2, 13 et 45 de la Constitution du 27 octobre 1946 (« projet Pierre Pflimlin »), du 22 mai 1958 915

ANNEXE 27 : Avis du Conseil d'Etat, du 23 mai 1958, sur le projet de loi constitutionnelle tendant à la révision des articles 9, 12 §2, 13 et 45 de la Constitution du 27 octobre 1946 (« projet Pierre Pflimlin ») 917

ANNEXE 28 : Systèmes de législation gouvernementale imaginés par Jérôme Solal-Céligny, à l'été 1958 919

ANNEXE 29 : Avis du Conseil d'Etat, du 16 septembre 1958, sur un projet de décret relatif à la réglementation d'urbanisme applicable à la ville de Paris 923

ANNEXE 30 : Avis du Conseil d'Etat, du 9 octobre 1958, sur un projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances et des affaires économiques 925

ANNEXE N°1

PLAN DE CONSTITUTION PRESENTE A LA CONVENTION NATIONALE

« Projet de Constitution girondine »

15 et 16 février 1793, de l'an II de la République

Source : *Plan de constitution présenté à la convention nationale : imprimé sur ordre de la Convention nationale,* Paris : Imprimerie nationale, 1793 (*Gallica,* Bibliothèque nationale de France)

(…)

TITRE VII
Du corps législatif

(…)

Section 2
Des fonctions du Corps législatif

(…)

III. Les actes émanés du Corps législatif, se divisent en deux classes : les Lois & les Décrets.

IV. Les caractères qui distinguent les premiers, sont leur généralité & leur durée indéfinie ; les caractères qui distinguent les décrets, sont leur application locale ou particulière, & la nécessité de leur renouvellement à une époque déterminée.

V. Sont compris sous la dénomination de Loi, tous les Actes concernant la législation civile, criminelle & de police.

Les règlements généraux sur les domaines & établissement nationaux ;

Sur les diverses branches d'administration générale & des revenus publics ;

Sur les Fonctionnaires publics ;

Sur le titre, le poids, l'empreinte et la dénomination des monnaies ;

Sur la nature & la répartition des impôts, et sur les peines nécessaires à établir pour leur recouvrement.

VI. Seront désignés sous le nom particulier des Décrets, les actes du Corps législatif, concernant :

L'établissement annuel de la force de terre & de mer ;

La permission ou la défense du passage des troupes étrangères sur le territoire français & l'introduction des forces navales étrangères dans les ports de la République ;

La fixation annuelle de la dépense publique ;

La quotité de l'impôt direct & le tarif de l'impôt indirect ;

Les précautions urgentes de sûreté & de tranquillité ;

La distribution annuelle et momentanée des secours & travaux publics ;

Toute dépense imprévue & extraordinaire ;

Les ordres pour la fabrication des monnaies de toute espèce ;

Les mesures locales et particulières à un Département, à une Commune, ou à un genre de travaux tels que la confection d'une grande route, l'ouverture d'un canal, etc. ;

Les déclarations de guerre, la ratification des traités, et tout ce qui a rapport aux étrangers ;

L'exercice de la responsabilité des Membres du Conseil, des Fonctionnaires publics, et la poursuite ou la mise en jugement des prévenus de complots ou d'attentats contre la sûreté générale de la République ;

La discipline intérieure de l'Assemblée législative ;

La disposition de la force armée qui sera établie dans la ville ou elle tiendra ses séances.

ANNEXE N°2

CONSTITUTION DE L'AN I

« Constitution montagnarde »

24 juin 1793

Source : *Recueil Duvergier : Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État,* 2e éd., tome n°5, p.355

(…)

Des fonctions du Corps législatif

Article 53.
Le corps législatif propose des lois et rend des décrets.

Article 54.
Sont compris, sous le nom général de loi, les actes du corps législatif, concernant :
- La législation civile et criminelle ;
- L'administration générale des revenus et des dépenses ordinaires de la République ;
- Les domaines nationaux ;
- Le titre, le poids, l'empreinte et la dénomination des monnaies ;
- La nature, le montant et la perception des contributions ;
- La déclaration de guerre ;
- Toute nouvelle distribution générale du territoire français ;
- L'instruction publique ;
- Les honneurs publics à la mémoire des grands hommes.

Article 55.
Sont désignés, sous le nom particulier de décret, les actes du corps législatif, concernant :
- L'établissement annuel des forces de terre et de mer ;
- La permission ou la défense du passage des troupes étrangères sur le territoire français ;
- L'introduction des forces navales étrangères dans les ports de la République ;
- Les mesures de sûreté et de tranquillité générales ;
- La distribution annuelle et momentanée des secours et travaux publics ;
- Les ordres pour la fabrication des monnaies de toute espèce ;
- Les dépenses imprévues et extraordinaires ;
- Les mesures locales et particulières à une administration, à une commune, à un genre de travaux publics ;
- La défense du territoire ;
- La ratification des traités ;
- La nomination et la destitution des commandants en chef des armées ;
- La poursuite de la responsabilité des membres du conseil, des fonctionnaires publics ;
- L'accusation des prévenus de complots contre la sûreté générale de la République ;
- Tout changement dans la distribution partielle du territoire français ;
- Les récompenses nationales.

(…)

ANNEXE N°3

SENATUS-CONSULTE

« Sénatus-consulte qui règle la constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion »

3 mai 1854

Source : *Recueil Duvergier : Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État,* tome n°54, p.227-229

TITRE IER
Disposition applicable à toutes les colonies

Article 1er
L'esclavage ne peut jamais être rétabli dans les colonies françaises.

TITRE II
Dispositions applicables aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion

Article 2
Sont maintenus, dans leur ensemble, les lois en vigueur et les ordonnances ou décrets ayant aujourd'hui force de loi,

1° sur la législation civile et criminelle ;
2° sur l'exercice des droits politiques ;
3° sur l'organisation judiciaire ;
4° sur l'exercice des cultes ;
5° sur l'instruction publique ;
6° sur le recrutement des armées de terre et de mer.

Article 3
Les lois, décrets et ordonnances ayant force de loi ne peuvent être modifiés que par des sénatus-consultes, en ce qui concerne,

1° l'exercice des droits politiques ;
2° l'état civil des personnes ;
3° la distinction des biens et les différentes modifications de la propriété ;
4° les contrats et les obligations conventionnelles en général ;
5° les manières dont s'acquiert la propriété par succession, donation entre-vifs, testament, contrat de mariage, vente, échange et prescription ;
6° l'institution du jury ;
7° la législation en matière criminelle ;
8° l'application aux colonies du principe de recrutement des armées de terre et de mer.

Article 4
Les lois concernant le régime commercial des colonies sont votées et promulguées dans les formes prescrites par la législation de l'Empire.

Article 5
En cas d'urgence, et dans l'intervalle des sessions, le Gouvernement peut statuer sur les matières mentionnées à l'article 4 par décrets rendus dans la forme de règlement d'administration publique ; mais ces décrets doivent être présentés au Corps législatif, pour être convertis en lois, dans le premier mois de la session qui suit leur publication.

Article 6
Les décrets de l'empereur rendus dans la forme de règlement d'administration publique statuent,

1° sur la législation en matière civile, correctionnelle et de simple police, sauf les réserves prescrites par l'art. 3 ;

2° sur l'organisation judiciaire ;

3° sur l'exercice des cultes ;

4° sur l'instruction publique ;

5° sur le mode de recrutement des armées de terre et de mer ;

6° sur la presse ;

7° sur les pouvoirs extraordinaires des gouverneurs en ce qui concerne les mesures de haute police et de sûreté générale ;

8° sur l'administration municipale, en ce qui n'est pas réglé par le présent sénatus-consulte ;

9° sur les matières domaniales ;

10° sur le régime monétaire, le taux de l'intérêt et les institutions de crédit ;

11° sur l'organisation et les attributions des pouvoirs administratifs ;

12° sur le notariat, les officiers ministériels et les tarifs judiciaires ;

13° sur l'administration des successions vacantes.

Article 7
Des décrets de l'empereur règlent,

1° l'organisation des gardes nationales et des milices locales ;

2° la police municipale ;

3° la grande et la petite voirie ;

4°, la police des poids et des mesures ;

et en général, toutes les matières non mentionnées dans les articles précédents, ou qui ne sont pas placées dans les attributions des gouverneurs.

Article 8
Des décrets de l'empereur peuvent ordonner la promulgation, dans les colonies, des lois de la métropole concernant les matières énumérées dans l'article 6.

(…)

TITRE III
Des autres colonies françaises

Article 18
Les colonies autres que la Martinique, la Guadeloupe, et la Réunion, seront régies par décrets de l'empereur, jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un sénatus-consulte.

(…)

ANNEXE N°4

NOTE SUR LA DELEGATION DE COMPETENCE A CONFERER PAR L'ASSEMBLEE AU GOUVERNEMENT PENDANT LA PERIODE CONSTITUANTE, EN MATIERE LEGISLATIVE

adressée par René CASSIN et André ANDRIEUX
au Président du Gouvernement provisoire de la République française

31 octobre 1945

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : fonds privé René Cassin, cote AN 382 AP 75, Note sur les problèmes constitutionnels, 1945-1946 ; Note dactylographiée datée du 31 octobre 1945, 5 pages numérotées

NOTE SUR LA DELEGATION DE COMPETENCE A CONFERER PAR L'ASSEMBLEE AU GOUVERNEMENT PENDANT LA PERIODE CONSTITUANTE, EN MATIERE LEGISLATIVE

31 octobre 1945

Au moment où, pour la première fois depuis 1939, une Assemblée élue au suffrage universel jouira d'une pleine compétence en matière législative, on peut penser que, politiquement, le Gouvernement ne souhaitera pas demander à cette Assemblée de se dessaisir de ses attributions par un procédé analogue à celui des décrets-lois de funeste mémoire.

Vu l'importance extraordinaire de la mission constituante de l'Assemblée et la nécessité de lui laisser exercer le principal de ses attributions législatives dans le domaine du budget, des réformes de structure et du contrôle de l'administration, on peut cependant envisager un système qui, d'accord avec les partis, et l'Assemblée elle-même, pourrait alléger la tâche de celle-ci et déléguer au Gouvernement certaines attributions dépassant le pouvoir réglementaire normal.

Comment y parvenir ?

1°) Le système le plus simple en apparence et qui paraîtrait offrir le plus de garantie à l'Assemblée serait de donner au Gouvernement une délégation très générale, réservant à l'Assemblée les décisions importantes dans les domaines politique, économique et politique, avec obligation pour le Gouvernement de soumettre son projet à un organe de l'Assemblée (bureau, commission spéciale etc.) chargé de vérifier si la délégation est respectée.

Mais il suffit d'évoquer les répugnances qu'éprouverait l'Assemblée et les tentations de travail ouvertes à l'organe délégué, pour penser que ce système est impraticable.

2°) On est réduit ainsi à fixer une liste de matières sur lesquelles le Gouvernement serait autorisé à légiférer, soit en décidant qu'il est autorisé à légiférer en toutes matières, sauf celles réservées, soit qu'il a compétence en telles matières déterminées.

Le premier terme de l'alternative se heurtera à la résistance de l'Assemblée, comme rappelant trop les décrets-lois – et cela même si on cherche à restreindre le domaine très vaste délégué au Gouvernement en s'inspirant de la notion d'urgence qui serait le pendant des formules : défense du

franc, reprise de l'économie nationale, défense nationale, circonstances exceptionnelles qui ont ouvert un champ pratiquement illimité laissé aux décrets-lois en 1926-1934-1935-1937-1939.

3°) Le système qui paraît le plus convenable aux circonstances consisterait donc, suivant la suggestion du Président ANDRIEUX à s'inspirer du Sénatus-consulte du 3 mai 1854 relatif à la constitution des vieilles colonies qui fait un départ entre les sénatus-consultes (lois), les règlements d'administration publique et les décrets – en ayant soin de ne pas se référer expressément à ce document, de manière à ne pas encourir le reproche de traiter la France comme une colonie et de ne pas d'ailleurs copier la liste établie par ce sénatus-consulte.

a) En premier lieu, il paraît opportun que l'Assemblée réserve le nom de loi aux actes votés par elle-même. Le Gouvernement n'édicterait même pas des ordonnances ayant force législative, ni des décrets-lois. Le Gouvernement devrait être autorisé seulement à prendre, par décrets en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, les mesures reconnues nécessaires dans le domaine-ci dessus énuméré.

Normalement, l'avis ne pourra émaner que de l'Assemblée du Conseil d'Etat. Un texte serait indispensable, si dans des cas très exceptionnels et urgents, la Commission permanente devait être appelée à donner son avis pour un décret en Conseil des ministres.

b) Pour la détermination limitative des cas où le Gouvernement pourra statuer par un tel décret, nonobstant toute disposition législative en vigueur, il y aurait lieu, tout en prenant le Sénatus-consulte de 1854 pour guide, d'éviter de reproduire certains termes de son énumération et inversement d'en ajouter quelques-uns.

Voici d'abord les matières réservées à des sénatus-consultes par le S.C. du 3 mai 1854 réglant la constitution des colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion :

Article 3 : 1°) l'exercice des droits politiques ; 2°) l'état civil des personnes ; 3°) la distinction des biens et les différentes modifications de la propriété ; 4°) les contrats et les obligations conventionnelles en général ; 5°) les manières dont s'acquiert la propriété par succession, donation entre vifs, testament, contrat de mariage, vente, échange et prescription ; 6°) l'institution du jury ; 7°) la législation en matière criminelle ; 8°)lL'application aux colonies du principe de recrutement des armées de terre et de mer.

L'Article 6 permet de statuer par décret en la forme de règlement d'administration publique : 1°) sur la législation en matière civile, correctionnelle et de simple police, sauf les réserves prescrites par l'article 3 ; 2°) sur l'organisation judiciaire ; 3°) sur l'exercice des cultes ; 4°) sur l'instruction publique ; 5°) sur le mode de recrutement des armées de terre et de mer ; 6°) sur la presse ; … 8°) sur l'administration municipale en ce qui n'est pas réglé par le présent sénatus-consulte ; 9°) sur les matières domaniales ; 10°) sur le régime monétaire, le taux de l'intérêt et les institutions de crédit ; 11°) sur l'organisation et les attributions des pouvoirs administratifs ; 12°) sur le notariat, les officiers ministériels et les tarifs judiciaires ; 13°) sur l'administration des successions vacantes.

Ceci rappelé, comment déterminer maintenant la compétence du Gouvernement ?

Dans l'énumération des matières, il n'y a pas à reproduire la formule de 1854 « l'organisation et les attributions des pouvoirs administratifs », car ceci entre de plein droit dans la compétence du pouvoir exécutif.

Par contre, il n'y aurait pas de difficulté à l'autoriser à modifier ou abroger par décret des dispositions de lois ou d'ordonnances qui seraient intervenues sur des matières qui sont en principe de la compétence du pouvoir exécutif. La jurisprudence admet que lorsqu'un véritable décret-loi, (intervenu en période dictatoriale) règle à la fois des situations législatives et réglementaires, les secondes restent de la compétence du pouvoir exécutif. Cette distinction ne peut pas se faire pour les lois par voie jurisprudentielle parce que les matières sur lesquelles une loi a statué deviennent ainsi des matières législatives, mais il est normal qu'une loi l'édicte.

Il ne semble pas non plus y avoir d'objection à attribuer au décret compétence pour ce qu'on appelle les actes administratifs en forme de loi, qui sont des décisions de tutelles remises au législateur en raison de leur importance, principalement des approbations des concessions et de leurs cahiers des charges. Cependant le ministre de l'intérieur a annoncé qu'il allait soumettre à l'Assemblée un grand projet sur la réorganisation des finances communales et départementales.

Enfin, il y a toute une série de matières où la loi contient des barèmes, fixe des chiffres maximums pour bénéficier d'une assistance, être assujetti à un régime de cotisations, être soumis à un impôt, pouvoir passer un marché de gré à gré. Soumettre tous ces cas au Parlement quand la nécessité de modifier les chiffres limite apparaît, entraîne des retards très préjudiciables. La délégation au Gouvernement du droit de réviser de telles limitations ne paraît pas pouvoir être critiquée.

Mais ces trois cas ne déchargeant l'Assemblée que de peu de choses, il faudrait les compléter par des matières n'ayant pas de portée politique importante, dont le choix est difficile à faire.

Pour fixer les idées, le Gouvernement serait autorisé à prendre des décrets pour :

1° modifier ou abroger les dispositions contenues dans les lois et ordonnances en vigueur lorsque ces dispositions relèvent par leur nature de la compétence du pouvoir exécutif ;

2° prendre les décisions qui, bien que devant intervenir en forme de loi en vertu de la législation en vigueur, ont le caractère d'actes administratifs, telles que approbation de certaines conventions de concession, approbation d'emprunts, autorisation de certains travaux ;

3° modifier les barèmes, limites d'exonération ou d'assujettissement, chiffres minimums ou maximums figurant dans les lois et règlement en vigueur.

Le Gouvernement serait en outre autorisé à statuer par décret, nonobstant toute disposition législative en vigueur sur l'exercice des droits civils, à l'exception de l'état civil et du droit de propriété, sur l'organisation judiciaire, sur l'administration (on emploie ce terme avec le sens qu'il a comme intitulé du titre IV de la loi du 5 avril 1884) des départements, des communes, des établissements publics communaux et intercommunaux, départementaux et interdépartementaux ; sur

la reconstitution des entreprises industrielles, commerciales et artisanales partiellement ou totalement détruites par suite d'actes de guerre.

Il serait enfin autorisé à constater par décret la nullité des actes de l'autorité de fait intervenus depuis le 16 juin 1940. Ce dernier point paraît nécessaire à indiquer ; il doit y avoir encore pas mal d'actes dits lois qu'il conviendrait de faire disparaître. Quant à l'énumération des lois sur lesquelles le Gouvernement pourrait statuer, on peut reprocher à cette énumération d'être très limitée.

Mais l'Assemblée doit exercer sa fonction législative. Il ne faut pas notamment transférer au Gouvernement le contrôle des créations d'emplois, réservé au législateur par l'ordonnance du 6 janvier 1945, ou même le pouvoir de créer des établissements publics.

En matière économique ou agricole, en matière de répartition des denrées et des produits, on n'aperçoit guère quelle frontière on pourrait tracer entre l'Assemblée et le Gouvernement, cela sous réserve de l'étude des administrations intéressées. Ce qui touche à l'Education nationale paraît politique au premier chef, et aussi, bien qu'à moindre degré, la protection de la famille et les lois d'assistance.

La présente note ne constitue qu'une base d'étude soumise au Gouvernement, en vue de ses conversations avec les parties et l'Assemblée.

Le vice-président du Conseil d'Etat et le président de la Commission permanente seront prêts à pousser l'étude plus avant, si cela apparaît nécessaire.

ANNEXE N°5

PROJET DE LOI TENDANT AU REDRESSEMENT ECONOMIQUE ET FINANCIER

« Future loi du 17 août 1948 dite “André Marie” »

Reçu au Conseil d’Etat le 4 août 1948

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d’affaires administratives du Conseil d’Etat, cote 19990025/86, dossier n°244915, D.912.CP

[Le projet ne comporte pas d’exposé des motifs]

(…)

TITRE II

Article 7
A dater de la promulgation de la présente loi, les textes ayant force de loi, relatifs aux matières énumérées dans l’article 8 ci-dessous, seront, à l’exception des dispositions de caractère pénal, réputées avoir simplement valeur réglementaire quant au pouvoir du Gouvernement de les modifier et pourront être abrogés, modifiés ou remplacés par des décrets pris en Conseil des ministres, après avis du Conseil d’Etat et sur rapport du ministre des finances et des affaires économiques et des ministres intéressés.

Les abrogations de lois antérieures qui pourront être contenues dans ces textes conserveront dans tous les cas leur validité.

Article 8
Les matières relevant de la compétence du pouvoir réglementaire en vertu de l’article 7 sont les suivantes :

- organisation, suppression, transformation, règles de fonctionnement, contrôle, limitation des emplois et des effectifs, limite d’âge des personnels civils et militaires de l’ensemble des services de l’Etat, ou des services fonctionnant sous son contrôle, ou dont les dépenses sont supportées en majeure partie par lui, et des établissements publics de l’Etat ;

- organisation, transformation, fusion, règles de fonctionnement, contrôle des établissements publics de l’Etat à caractère industriel et commercial, des entreprises nationales, des sociétés nationales, et des sociétés d’économie mixte, ainsi que des organismes ayant fait appel sous une forme quelconque au concours financier de l’Etat, des groupements d’importation et de répartition créés en application de l’article 49 de la loi du 11 juillet 1938, comité, groupements et organismes professionnels ou interprofessionnels autorisés à percevoir des taxes et redevances destinées à couvrir leurs frais de fonctionnement ou à effectuer des péréquations de prix ;

- organisation, règles de fonctionnement, mode de financement, contrôle financier et technique de l’ensemble des divers régimes de sécurité sociale et de prestations familiales, et des organismes chargés d’assurer le recouvrement des cotisations et le service des prestations, ainsi que des divers

organismes de mutualité et des organismes chargés d'assurer le service des allocations de vieillesse aux personnes non salariées ;

- statut des étrangers et des étrangers naturalisés depuis moins de cinq ans ;

- conditions d'émission des emprunts du Trésor et des emprunts bénéficiant de la garantie de l'Etat, octroi de la garantie de l'Etat aux opérations de toute nature ;

- organisation et contrôle du crédit, réglementation des valeurs mobilières ;

- régime de péréquation des échanges avec l'étranger ;

- conditions d'établissement des prix et fonctionnement du contrôle économique ;

- utilisation de l'énergie et répartition des matières premières.

ANNEXE N°6

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi tendant au redressement économique et financier »
Future loi du 17 août 1948 dite "André Marie"

5 août 1948

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/86, dossier n°244915, D.912.CP

CONSEIL D'ETAT
Commission permanente — Séance du 5 août 1948

Dossier n°244915
D.912.CP

Rapporteur : M. LAGRANGE

AVIS

La Commission permanente du Conseil d'Etat, saisie dans sa séance du 5 août 1948, du projet de loi tendant au redressement économique et financier, ne fait pas d'objection de principe à la division du projet en un titre où l'Assemblée nationale est appelée à se prononcer sur le principe des réformes qu'elle autorise et à autoriser l'action du Gouvernement dans des limites telles qu'on ne saurait y voir une véritable délégation du pouvoir législatif, et d'autre part, en un Titre II relatif à la détermination des matières qui n'ont pris valeur législative qu'à la suite du vote du Parlement et qui, par leur nature, ressortissent normalement au pouvoir réglementaire.

La Commission permanente fait toutefois observer que l'article 4 du Titre I peut, tel qu'il est rédigé, encourir le reproche d'une véritable attribution de pleins pouvoirs, et d'autre part, qu'au Titre II, le texte encourt le reproche de supposer qu'il appartient au Parlement de déterminer les matières entrant dans le pouvoir réglementaire, sans rechercher dans quelle mesure elles auraient réellement par leur nature ce caractère.

La Commission permanente pense que les matières qui seront énumérées au Titre II doivent être déterminées de façon qu'il apparaisse qu'elles entrent dans le pouvoir réglementaire normal. Elle signale à cette occasion la difficulté qui résultera de l'impossibilité, pour le Gouvernement, d'édicter des peines et aussi bien d'appliquer les peines contenues dans les lois déjà intervenues, lorsque la réglementation qu'il sera appelé à prendre modifiera la qualification des infractions.

En conséquence, la Commission permanente propose les modifications suivantes : (…)

6°) Modifier comme suit la rédaction de l'article 7 :

« A dater de la promulgation de la présente loi, dans les matières ayant par leur nature un caractère réglementaire, déterminées à l'article 8 ci-dessous, des décrets pourront désormais être pris en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat et sur le rapport du ministre des finances et des affaires économiques. »

7°) A l'article 8 :

- au 4e alinéa, supprimer : « organisation », supprimer également « mode de financement », et terminer l'alinéa de la manière suivante :

« … aux personnes non salariées ; organisation des divers régimes de mutualités ».

- remplacer le 7e alinéa par :

« - constitution et fonctionnement des organismes chargés du contrôle du crédit, règlementation de la détention des valeurs mobilières et des opérations concernant ces valeurs. »

Le président de la Commission permanente,
André Andrieux

L'auditeur au Conseil d'Etat, rapporteur permanent,
Jacques Chardeau

ANNEXE N°7

LOI N°48-1268 TENDANT AU REDRESSEMENT ECONOMIQUE ET FINANCIER

« Loi du 17 août 1948 dite “André Marie” »

17 août 1948

Source : J.O.R.F. du 18 août 1948, p.8082 et s.

L’Assemblée nationale et le Conseil de la République ont délibéré,
L’Assemblée nationale a adopté,
Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

(…)

TITRE II

Article 6

A dater de la promulgation de la présente loi, dans les matières ayant par leur nature un caractère réglementaire, déterminées à l’article 7 ci-dessous, des décrets pourront désormais être pris en Conseil des ministres, après avis du Conseil d’Etat et sur rapport du ministre des finances et des affaires économiques et des ministres intéressés, pour abroger, modifier ou remplacer les dispositions en vigueur.

Ces textes ne seront sanctionnés, en dehors des peines prévues par le paragraphe 15° de l’article 471 du code pénal, que par les dispositions pénales édictées par les lois antérieures relatives aux mêmes matières, sans que puissent être modifiés la qualification des infractions relevées, la nature et le quantum des peines applicables.

Article 7

Les matières relevant de la compétence du pouvoir réglementaire en vertu de l’article 6 sont les suivantes :

- Organisation, suppression, transformation, fusion, règles de fonctionnement et contrôle de l’ensemble des services de l’Etat ou des services fonctionnant sous son contrôle ou dont les dépenses sont supportées en majeure partie par lui et des établissements publics de l’Etat ;

- Limitation et suppression des emplois et des effectifs ;

- Limite d’âge des personnels civils et militaires ;

- Organisation, transformation, fusion, règles de fonctionnement, contrôle des établissements publics de l’Etat à caractère industriel et commercial, des entreprises nationales, des sociétés nationales et des sociétés d’économie mixte, ainsi que des organismes ayant fait appel sous une forme quelconque au concours financier de l’Etat, des groupements d’importation et de répartition créés en application de l’article 49 de la loi du 11 juillet 1938, comités, groupements et organismes professionnels ou interprofessionnels autorisés à percevoir des taxes et redevances destinées à couvrir leurs frais de fonctionnement ou à effectuer des péréquations de prix et en toutes matières relevant de la loi n°46-2140 du 4 octobre 1946 ;

- Règles de fonctionnement, modes de financement, sauf en ce qui concerne les salariés soumis au régime général dans les conditions fixées par le titre IV de l'ordonnance n°45-2250 du 4 octobre 1945, contrôle financier et technique de l'ensemble des divers régimes d'assistance, de sécurité sociale et de prestations familiales et des organismes chargés d'assurer le recouvrement des cotisations et le service des prestations ainsi que des organismes chargés d'assurer le service des allocations de vieillesse aux personnes non salariées ;

- Conditions d'émission des emprunts du Trésor et des emprunts bénéficiant de la garantie de l'Etat, gestion du portefeuille de l'Etat ;

- Réglementation des valeurs mobilières et des opérations concernant ces valeurs ;

- Régime de péréquation des échanges avec l'étranger ;

- Conditions d'établissement des prix et fonctionnement du contrôle économique ;

- Conditions d'utilisation de l'énergie ;

- Conditions de répartition des matières premières et produits industriels.

(…)

ANNEXE N°8

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi sur la formation professionnelle »

8 février 1949

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/92, dossier n°245528, D.1009.CP

CONSEIL D'ETAT
Commission permanente — Séance du 8 février 1949

Dossier n°245528
D.1009.CP

AVIS

La Commission permanente du Conseil d'Etat, saisie du projet de loi sur la formation professionnelle, tout en exprimant des doutes sur la portée pratique des dispositions envisagées en l'absence de toutes dispositions d'ordre financier et tout en faisant observer que la situation des Centres des anciens combattants devrait être pratiquement réservée, a, dans sa séance du 8 février 1949, émis un avis favorable sur l'ensemble du projet, sous réserve des observations et modifications suivantes :

(…)

4°) Sur le Titre II, la Commission permanente fait observer que l'organisation et les attributions consultatives des conseils et commissions qui y sont prévus ne sont pas du domaine d'un texte législatif. Ces dispositions ne peuvent manquer de rendre plus difficile et de retarder le vote de la loi.

Il n'y a, en outre, que des inconvénients à figer dans un texte de loi des dispositions dont le besoin d'adaptation aux circonstances apparaîtra nécessairement. La Commission permanente a d'ailleurs constaté que les différents représentants des ministres intéressés présentaient sur le texte de nombreuses réserves. Elle pense que le Titre II[1], à l'exception de l'article 21, devrait être entièrement supprimé pour être laissé dans le domaine réglementaire où il était resté jusqu'à présent. (…)

(…)

Le président de la Commission permanente,
A. Andrieux

Le secrétaire de la Commission permanente,
J. Terrel

[1] [Le Titre II du projet de loi s'intitule « Institutions responsables de la formation professionnelle ». Il institue un « Conseil supérieur de la formation professionnelle » (Chapitre 1), des « Commissions nationales professionnelles » (Chapitre 2), des « Sections professionnelles régionales » (Chapitre 3), des « Commissions interprofessionnelles départementales » (Chapitre 4). L'article 21 impose aux entreprises de faire connaître aux sections régionales dont elles relèvent l'effectif de leur personnel.]

ANNEXE N°9

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi fixant le statut des chefs coutumiers en A.O.F. et A.E.F., au Cameroun et au Togo

23 juin 1949

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/113, dossier n°247294

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 23 juin 1949

Dossier n°247294

Rapporteur : M. JOUVIN

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de la France d'outre-mer, d'un projet de loi fixant le statut des chefs coutumiers en Afrique Occidentale Française et en Afrique Équatoriale Française, au Cameroun et au Togo, estime de son devoir d'appeler l'attention du Gouvernement sur les inconvénients que lui paraît présenter l'emploi de la procédure législative.

Le Conseil d'Etat reconnaît pleinement l'intérêt manifeste qui s'attache au maintien de l'autorité coutumière en Afrique noire et il n'ignore pas que l'Assemblée nationale a, dans sa séance du 9 août 1947, invité le Gouvernement à préciser, après avis des assemblées locales, le statut des chefs indigènes. Cependant le Conseil d'Etat n'a pas manqué d'être frappé par le caractère réglementaire de la plupart des dispositions qui lui étaient soumises ainsi que par la portée des répercussions que le dépôt du projet du Gouvernement risquerait de provoquer outre-mer et même auprès des institutions internationales.

Le Conseil d'Etat a observé que, réserve faite des dispositions finales du dernier alinéa de l'article 4 et des articles 5 et 6, les autres règles prévues au projet ne sont pas de nature législative et qu'ainsi elles n'appellent pas obligatoirement une intervention du Parlement. La procédure retenue par le texte dont il s'agit a pour effet de soustraire à la compétence des autorités locales exécutives et délibérantes des matières que la Constitution n'a pas rangées dans le domaine de la loi et qui semblent, eu égard à la diversité des situations, relever plus naturellement, sous le contrôle du ministre de la France d'outre-mer, de l'action de l'administration territoriale que du pouvoir des instances métropolitaines.

Certes le Parlement peut exercer sa compétence en toute matière et il n'a pas échappé au Conseil que la fixation par la loi du statut des chefs coutumiers apporterait à l'institution, avec une confirmation solennelle, une garantie de stabilité qui ne peut être sous-estimée.

Le Conseil d'Etat s'est néanmoins demandé si la procédure envisagée par le Gouvernement ne risquait pas, par ses répercussions, d'entraîner des conséquences susceptibles de réduire l'avantage qui est précisément attendu du recours à la loi.

Dans ces conditions, il lui est apparu que le souci de concilier les traditions africaines – dont l'élite noire affirme aujourd'hui la valeur – avec le nouveau régime des Territoires d'Outre-mer gagnerait à s'exprimer par la voie réglementaire dans toute la mesure où la Constitution n'y fait pas obstacle.

Tels sont les motifs des appréhensions dont le Conseil d'Etat tient à faire part au Gouvernement.

Si toutefois ce dernier estime devoir saisir le Parlement, le Conseil pense, conformément aux observations qui précèdent, que le projet devrait revêtir la forme du texte joint à la présente note, lequel ne contient que les dispositions de principe qui seraient complétées par des mesures réglementaires.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 23 juin 1949.

Le vice-président du Conseil d'Etat,
René Cassin

Le rapporteur,
Bernard Jouvin

ANNEXE N°10

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi de finances pour l'exercice 1951 »

5 décembre 1950

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/184, dossier n°253180, D.1259.CP

CONSEIL D'ETAT
Commission permanente — Séance du 5 décembre 1950

Dossier n°253180
D.1259.CP

Rapporteur : M. DESCHAMPS

AVIS

La Commission permanente du Conseil d'Etat, saisie du projet de loi de finances pour l'exercice 1951, a, dans sa séance du 5 décembre 1950, émis un avis favorable sur l'ensemble du projet, sous réserve des observations et modifications suivantes :

(…)

5°) La Commission permanente constate que les dispositions des articles 38 et 40 auraient pu être prises par le décret intervenu en vertu de la loi du 17 août 1948 que ces dispositions ont pour objet de modifier et que, par suite, elles peuvent faire l'objet d'un décret pris dans la même forme. Il y aurait donc intérêt à supprimer du projet de loi ces deux articles, d'autant plus que leur adoption par le législateur aboutirait à restituer au domaine législatif une matière devenue réglementaire. A plus forte raison, la partie de l'article 40, qui étend la compétence du Centre d'orientation et de réemploi et modifie ainsi un règlement d'administration publique, n'a pas à figurer dans un texte de loi.

(…)

Le président de la Commission permanente,
A. Andrieux

Le secrétaire de la Commission permanente,
J. Terrel

ANNEXE N°11

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de décret portant RAP pour l'application de l'article 2 de la loi du 27 mars 1951 instituant au profit du fonds national de péréquation une contribution pour 1951 sur le produit de la taxe locale additionnelle aux taxes sur le chiffre d'affaires perçue par certaines communes »

2 mai 1951

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/202, dossier n°254545

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 2 mai 1951

Dossier n°254545

Rapporteur : M. MALEVILLE

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'Intérieur, d'un projet de décret portant règlement d'administration publique pour l'application de l'article 2 de la loi n°51-375 du 27 mars 1951 instituant au profit du fonds national de péréquation une contribution pour 1951 sur le produit de la taxe locale additionnelle aux taxes sur le chiffre d'affaires perçue par certaines communes, croit devoir attirer l'attention du président du conseil et du ministre de l'Intérieur sur les graves inconvénients que présente l'obligation de prendre un règlement d'administration publique sur l'avis conforme de certaines commissions de l'Assemblée nationale, introduite par l'article 2 de la loi du 27 mars 1951 susvisé.

1° Une telle procédure va à l'encontre de plusieurs dispositions et de l'esprit général de la Constitution du 27 octobre 1946.

En vertu de l'article 47 de la Constitution, c'est au président du conseil des ministres qu'il appartient d'assurer l'exécution des lois et de prendre en conséquence les décrets qu'exige cette exécution. Or, l'obligation qui lui est faite d'obtenir l'avis conforme de certaines commissions de l'Assemblée nationale limite très sensiblement l'étendue de ses pouvoirs sur ce point dans des conditions que n'a pas prévues la Constitution. Une telle limitation porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, réaffirmé par le Préambule de la Constitution.

En outre, l'article 15 de la Constitution confie aux commissions instituées au sein de l'Assemblée nationale le soin d'étudier les projets et propositions de loi dont cette assemblée est saisie. La Constitution considère ces commissions comme des organismes de travail et d'étude qui sont étroitement subordonnés à l'Assemblée, laquelle décide souverainement, puisqu'elle vote seule la loi (article 13) et peut seule mettre en jeu la responsabilité ministérielle (article 48). La disposition

législative susrappelée méconnaît ce principe en conférant à des commissions de l'Assemblée nationale un pouvoir autonome sans aucun contrôle de cette Assemblée.

2° L'application de cette procédure est d'une extrême complication du fait qu'elle entraîne la consultation de cinq organismes parmi lesquels le Conseil d'Etat, qui peut d'ailleurs être appelé à émettre plusieurs avis successifs, si les commissions parlementaires modifient le texte qui lui a été initialement soumis. Elle est, d'autre part, susceptible de soulever des difficultés pratiques insurmontables. Dans le cas notamment où il est impossible de réaliser un accord entre les membres du Gouvernement contresignataires du décret et les commissions parlementaires compétences, aucune autorité ne peut résoudre le différend. L'intervention du législateur est alors indispensable, ce qui est de nature à retarder l'élaboration de règlements qui peuvent être particulièrement urgents.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 2 mai 1951.

Le président de Section, présidant la séance,
Edmond Mazerat

Le rapporteur,
Georges Maleville

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Jacques Benoist

ANNEXE N°12

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Question de savoir si un décret peut légalement rendre applicables aux actes commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'Atlantique nord les dispositions réprimant les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat »

1er juillet 1952

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/252, dossier n°258393

CONSEIL D'ETAT
Sections réunies des Finances
et de l'Intérieur

Séance du 1er juillet 1952

Dossier n°258393

Rapporteur : M. René MARTIN

AVIS

Le Conseil d'Etat (Section réunies des Finances et de l'Intérieur), consulté par le président du conseil des ministres sur la question de savoir si un décret peut légalement rendre applicables aux actes commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'Atlantique nord les dispositions réprimant les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat ;

Vu la Constitution de la République française ;

Vu l'article 86 du code pénal ;

Considérant que l'article 13 de la Constitution, en stipulant que l'Assemblée nationale vote seule la loi, interdit au Gouvernement de fixer désormais lui-même les principes essentiels applicables dans les matières législatives par leur nature ; qu'en l'absence de toute disposition énumérant ces matières, il convient de s'en référer aux règles admises par la tradition constitutionnelle ; que, parmi ces règles figure notamment celle proclamée par les articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen d'après laquelle aucune condamnation ne peut être prononcée qu'en vertu d'un texte émanant de l'autorité législative (…) ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui précèdent

Le président de Section, présidant les Sections réunies,
Louis Loriot

Le conseiller d'Etat, rapporteur,
René Martin

ANNEXE N°13

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi tendant à valider et à modifier la loi n°808 du 26 août 1942 ayant pour objet la reconstitution des archives hypothécaires détruites ou disparues au cours de la guerre »

25 septembre 1952

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/248, dossier n°258086

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 25 septembre 1952

Dossier n°258086

Rapporteur : M. René MARTIN

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi d'un projet de loi tendant à valider et à modifier la loi n°808 du 26 août 1942 ayant pour objet la reconstitution des archives hypothécaires détruites ou disparues au cours de la guerre, a constaté que la rédaction de ce projet ne tenait pas compte des directives figurant dans la circulaire adressée le 18 avril 1952 par le président du conseil à tous les ministres, et d'après laquelle les dispositions relevant par nature du pouvoir réglementaire ne devaient pas trouver leur place dans un projet de loi. En effet, tant dans le texte non modifié de la loi du 26 août 1942 que dans le texte nouveau, on relevait une série de prescriptions non essentielles qui constituaient en réalité la substance d'un décret.

Aussi le Conseil d'Etat a-t-il préféré établir, en plein accord avec les commissaires du Gouvernement, un projet entièrement nouveau, ne contenant plus que des dispositions purement législatives, et renvoyant à un décret le soin d'édicter des mesures complémentaires. (…)

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 25 septembre 1952.

Le vice-président du Conseil d'Etat,
René Cassin

Le conseiller d'Etat, rapporteur,
René Martin

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat, *p.i.*
Philippe de Lavit

ANNEXE N°14

PROJET DE LOI RELATIVE A LA REFORME ADMINISTRATIVE

« Projet Antoine Pinay »

Reçu au Conseil d'Etat le 11 septembre 1952

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/260, dossier n°259115

Exposé des motifs

(…)

Le Titre I répond à des préoccupations fort anciennes. L'article 13 de la Constitution prévoit que « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit. » Mais aucune disposition constitutionnelle ou législative ne définit complètement les matières qui ne peuvent être réglées que par la loi. Il en résulte une confusion nuisible, tant au bon fonctionnement de l'Assemblée qu'à l'exercice des responsabilités gouvernementales. D'une part, des textes réglementaires sont intervenus dans des domaines où le Parlement seul était compétent ; des sujétions, même d'ordre pécuniaire, ont ainsi été imposées aux particuliers sans contrôle du pouvoir législatif. A l'inverse, des textes législatifs ont traité de l'organisation des services publics, voire de questions mineures qui de toute évidence étaient de la compétence du pouvoir réglementaire. Est-il utile de préciser que, dans bien des cas, c'est le Gouvernement lui-même qui, pour décharger sa responsabilité, a invité le Parlement à se prononcer sur des problèmes secondaires ou même sur les modalités de fonctionnement interne des organes administratifs ?

Depuis longtemps la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat se sont efforcées de tracer la frontière entre le domaine réservé au législateur et le domaine des décisions qui relèvent normalement du pouvoir réglementaire. Le Titre II de la loi du 17 août 1948, lui-même inspiré des considérations plusieurs fois développées par le président Léon Blum, a tenté de consacrer le fruit de ces efforts doctrinaux et de ces constructions jurisprudentielles. Le moment est venu où de plus grandes précisions peuvent être inscrites dans un texte qui se voudrait être la charte d'une réforme administrative continue.

Le premier article du Titre I du projet définit les matières sur lesquelles le pouvoir exécutif ne peut intervenir que pour fixer, sur délégation expresse de la loi et par voie de règlement d'administration publique, de simples modalités d'exécution. Dans ce domaine, le législateur seul peut fixer ou modifier les principes. Hors de ces limites, le pouvoir réglementaire doit normalement prendre l'initiative des décisions. Afin d'éviter le retour à la confusion ancienne, une procédure spéciale est prévue avant de traiter au fond d'un projet ou d'une proposition de loi portant sur des matières non réservées au Parlement. L'Assemblée se prononcera sur la prise en considération du texte. Enfin, la même procédure s'appliquera aux amendements portant sur ces mêmes matières.

Le projet ne fait ici que consacrer les règles traditionnelles du régime parlementaire. D'une part, les Assemblées législatives seront préservées des empiètements de l'Exécutif. D'autre part, dégagées de l'examen d'affaires dont les Gouvernements ont parfois tendance à se dessaisir alors qu'ils devaient en prendre l'entière responsabilité, elles pourront consacrer une plus grande part de

leur activité à l'examen des problèmes essentiels. Il résulte d'ailleurs expressément du projet, que les Assemblées peuvent se saisir de toute question sous réserve de manifester expressément leur intention d'en dessaisir le pouvoir exécutif en votant la prise en considération.

(…)

[Le projet de loi est reproduit, à l'annexe suivante, dans sa version du 5 décembre 1952]

ANNEXE N°15

PROJET DE LOI RELATIF A LA REFORME ADMINISTRATIVE

« Projet Antoine Pinay »

5 décembre 1952

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/279, dossier n°259224

Exposé des motifs

Il serait d'une ambition excessive et assez vaine de prétendre réaliser d'emblée l'ensemble des mesures que doit comporter la refonte de notre appareil administratif dont les défauts essentiels résultent de son caractère empirique. La réforme administrative ne saurait être qu'une création continue.

S'il importe cependant de l'amorcer au plus tôt, l'urgence qu'elle présente ne doit pas conduire à rechercher exclusivement dès l'abord des résultats spectaculaires et d'un intérêt simplement immédiat ; la réforme administrative doit être réalisée en fonction d'un plan logique et d'une doctrine nettement définie.

Afin de placer ainsi la réforme administrative sous le double signe de la continuité dans l'effort et de la cohérence dans les réalisations, il importe d'en poser, dans un petit nombre de textes législatifs qui en constitueront en quelque sorte la charte, les principes essentiels.

Ils consistent :

- à mieux préciser les compétences normales du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire et à instituer une procédure tendant à assurer, dans toute la mesure du possible, le respect réciproque de ces compétences.
- à apporter plus de clarté dans la présentation des documents budgétaires, qui devront indiquer le coût et le rendement de chaque service public afin que son utilité réelle et l'importance des moyens qu'il convient de lui attribuer puissent être appréciés selon des critères objectifs.
- à déterminer judicieusement dans un souci d'efficacité accrue et en vue de rapprocher l'Administration des administrés les attributions respectives des échelons centraux et locaux des Administrations d'Etat.

(Cette répartition plus judicieuse résultera de la déconcentration administrative)

- à préciser enfin l'organisation et les pouvoirs des corps de contrôle, afin de conférer le maximum d'efficacité à leur action.

L'application des deux premiers de ces principes doit être réalisée préalablement à toute réforme portant sur la structure et les méthodes des services publics.

Le présent projet de loi a pour objet de rendre cette application possible.

Son Titre 1er tend à remédier à une lacune de notre législation qui ne définit pas complètement les compétences normales du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire.

Il est en effet indispensable de préciser les domaines respectifs de la loi et du règlement. L'expérience a prouvé qu'une grande confusion régnait à cet égard. L'ordre du jour du Parlement est trop souvent surchargé de questions mineures ; l'Assemblée est trop souvent invitée à se prononcer sur des questions techniques ressortant normalement des préoccupations du pouvoir exécutif.

Dans ce domaine, les Gouvernements ont d'ailleurs leur part de responsabilité : il est arrivé que certains d'entre eux ont cherché à faire endosser par les Assemblées la responsabilité de décision qu'ils auraient dû prendre seuls.

A l'inverse, le nombre de matières qui intéressent exclusivement le fonctionnement des services publics dont l'Exécutif a la charge et qui cependant sont réglées par les textes législatifs, croît constamment.

Il en résulte que les ministres ne peuvent plus, dans bien des cas, apporter de réformes au sein même des services qu'ils dirigent sans obtenir l'accord préalable du Parlement ; responsables de la bonne marche des Administrations publiques, les membres du Gouvernement n'ont plus, dans cette hypothèse, les moyens de remplir leur mission.

La loi du 17 août 1948 avait déjà posé le principe de la compétence du pouvoir réglementaire dans un certain nombre de domaines ; elle ne visait toutefois qu'à permettre certaines réformes par la voie réglementaire et non à instituer des critères généraux et permanents de répartition des compétences.

Au contraire, l'article 2 du présent projet définit les domaines qui sont incontestablement de la compétence exclusive du pouvoir législatif, soit en vertu de dispositions expresses de la Constitution, soit selon son esprit.

L'article 3 réaffirme ce principe, trop souvent transgressé, que les autres matières sont normalement de la compétence du pouvoir réglementaire et il institue une procédure tendant) régulariser l'exercice par le Parlement du droit qu'il conserve d'évoquer à lui ces matières.

Ce droit d'évocation ne pourra en effet être utilisé par l'Assemblée que si elle manifeste de façon expresse, par un vote préalable, son intention d'en faire usage.

Tirant les conséquences de cette réforme, l'article 5 permettra de modifier par la voie réglementaire les dispositions législatives antérieures qui auraient dû normalement prendre la forme de règlements.

Ainsi, sans que les droits naturels du Parlement soient en aucune façon violés, le Gouvernement sera en possession des moyens d'effectuer selon une procédure simple et dans les meilleurs délais les réformes administratives qui s'imposent.

(…)

TITRE 1ER

De la détermination des compétences normales du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire

Article 1er

L'Assemblée nationale qui, en vertu des articles 3 et 13 de la Constitution, vote seule la loi, a compétence exclusive à l'égard des matières énumérées à l'article 2 de la présente loi.

Article 2

Sous réserve de dispositions législatives conférant compétence à une autorité autre que le Parlement, sont du domaine de la loi :

1°- Les matières réservées au législateur par la Constitution ;

2°- La confirmation de l'état de siège sur le territoire de la Métropole

3°- La jouissance et l'exercice des droits civils et civiques, la nationalité, l'état et la capacité des personnes, le régime des biens, les contrats et obligations ;

4°- Les mesures tendant à garantir ou à organiser les libertés publiques, les sujétions imposées en vue de la défense nationale ;

5°- La détermination et la sanction des infractions pénales, la procédure civile et criminelle, le contentieux administratif ;

6°- Le transfert de propriété d'entreprises entre les secteurs public et privé ;

7°- Les autorisations de dépenses et de recettes de l'Etat, ainsi que la création, la modification ou la suppression de tous impôts, taxes, prélèvements, cotisations, contributions ou prestations en espèces ou en nature perçus à titre obligatoire ;

8°- Les principes de l'indemnisation des dommages de guerre.

Dans les matières ci-dessus énoncées, les conditions et modalités d'application sont déterminées par voie réglementaire.

Article 3

Toutes les matières autres que celles visées à l'article précédent sont de la compétence du pouvoir exécutif. Toutefois, lorsque des dispositions de nature réglementaire sont soumises à l'Assemblée nationale, celle-ci peut exprimer la volonté de se saisir de ces dispositions par un vote préalable.

Article 4

Sous réserve des dispositions prévues en matière fiscale, il pourra être procédé à la codification des dispositions législatives concernant les matières énumérées à l'article 2 de la présente loi sous forme de décrets en Conseil d'Etat, pris sur le rapport des ministres intéressés (…)

Ces décrets apporteront aux textes en vigueur les adaptations rendues nécessaires par le travail de codification, à l'exclusion de toute modification de fond. (…)

Article 5

Il pourra être procédé par décrets pris en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat et sur le rapport des ministres intéressés, à l'aménagement des dispositions concernant des matières autres que celles énumérées à l'article 2 ci-dessus et contenues dans les textes législatifs intervenus antérieurement à la promulgation de la présente loi.

(…)

ANNEXE N°16

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi relatif à la réforme administrative »

18 décembre 1952

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/279, dossier n°259224

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 18 décembre 1952

Dossier n°259924

Rapporteur : M. MALEVILLE

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi d'un projet de loi relatif à la réforme administrative n'a pas cru devoir en l'état adopter le Titre 1er dudit projet sur la « détermination des compétences normales du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire ».

Le Conseil d'Etat partage les préoccupations exprimées par le Gouvernement dans l'exposé des motifs du projet. Mais il a relevé que les dispositions contenues dans ce Titre, énumèrent à l'article 2 les matières qui sont du domaine normal de la loi et confèrent, à l'article 3, compétence au pouvoir exécutif pour toutes les autres matières. D'autre part, si l'Assemblée nationale peut se saisir des dispositions qualifiées par le projet « de nature réglementaire », elle doit en ce cas se prononcer selon une procédure spéciale, étant obligée d'exprimer sa volonté par un « vote préalable », conformément à l'article 3 du projet.

Sans s'arrêter à l'examen de la constitutionnalité de cette partie du projet, le Conseil a estimé qu'il n'était ni souhaitable ni conforme à l'esprit général du droit public français moderne de reconnaître une compétence normale définie au pouvoir législatif et une compétence non définie au pouvoir réglementaire. Il lui a paru préférable de s'inspirer du principe posé par la loi du 17 août 1948 tendant au redressement économique et financière qui énumère « les matières » qui ont, par leur nature un caractère « réglementaire ».

(…)

Cette note présente a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 18 décembre 1952

Le vice-président du Conseil d'Etat
René Cassin

Le rapporteur,
Georges Maleville

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Jacques Benoist

ANNEXE N°17

PROJET D'AVIS DU CONSEIL D'ETAT
(PROJET DU RAPPORTEUR GEORGES MALEVILLE)

« Question de savoir quelles sont la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue dans l'article 13 de la Constitution, dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par une loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et, en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires »

6 février 1953

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/279, dossier n°260497

CONSEIL D'ETAT
Commission spéciale pour
l'examen de questions
relatives à la réforme
de la Constitution

Séance du 6 février 1953

Dossier n°260497

Rapporteur : M. MALEVILLE

AVIS

Le Conseil d'Etat (Commission représentant les sections de l'Intérieur, des Finances, des Travaux publics, la Section sociale et la Section du contentieux) saisi par Monsieur le ministre d'Etat de la question de savoir « quelles sont la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue dans l'article 13 de la Constitution, dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par une loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et, en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires » ;

Vu la Constitution du 27 octobre 1946,

1°/ Sur l'interdiction des « décrets-lois » par la Constitution :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution du 287 octobre 1946 « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit » ;

Considérant qu'il ressort des débats ayant précédé l'adoption de cette disposition, dont le principe figurait déjà dans l'article 55 du projet de constitution élaboré par la première Assemblée nationale constituante, notamment de l'exposé du rapporteur particulier dudit article 55 et des déclarations, à la seconde Assemblée nationale constituante, du rapporteur général et du président de la Commission de la Constitution, que les auteurs de ce texte ont entendu interdire le recours aux « décrets-lois » tels qu'ils furent pratiqués sous la IIIe République ;

Considérant d'autre part que si les décrets-lois dont il s'agit avaient le caractère d'actes administratifs et étaient, à ce titre, soumis au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat, ils produisaient, après l'expiration du délai dans lequel ils devaient être pris, les mêmes effets juridiques que la loi ; que leurs dispositions ne pouvaient plus être modifiées que par la loi dans la mesure où elles excédaient la compétence normale du pouvoir réglementaire, même en l'absence d'une ratification par le Parlement ; qu'ils étaient convertis en lois par cette ratification ; que, sous l'empire de la Constitution du 27 octobre 1946, plus formaliste et détaillée à cet égard que les lois constitutionnelles de 1875, ne peuvent être regardées comme lois que les décisions de l'Assemblée nationale adoptées conformément à la procédure minutieusement organisée aux articles 14 et suivants de la Constitution, et à laquelle aucune dérogation ne peut être apportée par la loi ordinaire ou le règlement de l'Assemblée ; que, d'après cette procédure, ne peuvent devenir lois que les projets de loi ou propositions de loi déposés sur le bureau de l'Assemblée nationale, étudiés par les commissions de cette Assemblée et, sur lesquels le Conseil de la République et éventuellement l'Assemblée de l'Union française ou le Conseil Économique ont pu donner leur avis ; que de telles dispositions s'opposent à ce que l'Assemblée nationale puisse imprimer la force législative à des décrets ou convertir des décrets en lois par la voie d'une ratification, ou l'expiration d'un simple délai, ou tout autre moyen juridique ; que, dès lors, à supposer qu'en autorisant le Gouvernement à prendre des décrets-lois l'Assemblée nationale ne lui délègue pas le droit de faire la loi et ne viole pas ainsi l'article 13 de la Constitution, cette autorisation n'en est pas moins rendue impossible par les dispositions de la Constitution régissant impérativement la procédure selon laquelle doit être votée la loi ;

2°/ Sur l'extension, par le législateur, de la compétence du pouvoir réglementaire :

Considérant que le législateur peut, en principe, déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire ; qu'il peut, à cette fin, décider que certaines matières relevant de la compétence du pouvoir législatif entreront dans la compétence du pouvoir réglementaire ; que les décrets pris en ces matières peuvent modifier, abroger ou remplacer des dispositions législatives ; qu'ils pourront être eux-mêmes modifiés par d'autres décrets jusqu'à ce que le législateur, statuant à nouveau sur les matières en question, exclue implicitement ou explicitement, la compétence du pouvoir réglementaire ; que lesdits décrets ne pourront, en aucun cas, être convertis en loi ;

Considérant toutefois que plusieurs articles de la Constitution, certaines dispositions de son Préambule et quelques articles de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule, réservent, d'une manière exclusive, certaines matières à la loi ; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ; mais qu'il peut se borner à poser les règles essentielles en laissant au Gouvernement le soin d'en fixer les modalités d'application ;

Considérant d'autre part, qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution, la souveraineté nationale appartient au peuple français qui l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, en toutes autres matières que les matières constitutionnelles ; que l'extension de la compétence du pouvoir réglementaire serait contraire à l'article 3 si, par sa généralité et son imprécision, elle manifestait la volonté de l'Assemblée nationale d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui précèdent.

ANNEXE N°18

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Question de savoir quelles sont la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue dans l'article 13 de la Constitution, dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par une loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et, en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires »

6 février 1953

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/279, dossier n°260497

CONSEIL D'ETAT
Commission spéciale pour
l'examen de questions
relatives à la réforme
de la Constitution

Séance du 6 février 1953

Dossier n°260497

Rapporteur : M. MALEVILLE

AVIS

Le Conseil d'Etat (Commission représentant les sections de l'Intérieur, des Finances, des Travaux publics, la Section sociale et la Section du contentieux) saisi par Monsieur le ministre d'Etat de la question de savoir « quelles sont la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue dans l'article 13 de la Constitution, dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par une loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et, en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires » ;

Vu la Constitution du 27 octobre 1946,

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution du 287 octobre 1946 « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit » ;

Considérant qu'il ressort des débats ayant précédé l'adoption de cette disposition, dont le principe figurait déjà dans l'article 55[1] du projet de constitution élaboré par la première Assemblée nationale constituante, ainsi que de la procédure organisée aux articles 14 et suivants de la Constitution pour la discussion et le vote des lois, que les auteurs de ce texte ont entendu interdire le recours aux décrets pris en vertu des lois de pleins pouvoirs telles qu'elles furent votées sous la Troisième République ;

[1] [*Nota bene* : il s'agissait, en réalité, de l'article 66 du projet de constitution du 19 avril 1946]

Considérant d'autre part que le législateur peut, en principe, déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire ; qu'il peut, à cette fin, décider que certaines matières relevant de la compétence du pouvoir législatif entreront dans la compétence du pouvoir réglementaire ; que les décrets pris en ces matières peuvent modifier, abroger ou remplacer des dispositions législatives ; qu'ils pourront être eux-mêmes modifiés par d'autres décrets jusqu'à ce que le législateur, évoque à nouveau les matières en question dans des conditions excluant dorénavant la compétence du pouvoir réglementaire ;

Considérant toutefois que certaines matières sont réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine résultant notamment du Préambule de la Constitution et de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, dont les principes ont été réaffirmés par le Préambule ; que le législateur ne peut, dès lors, étendre à ces matières la compétence du pouvoir réglementaire ; mais qu'il peut se borner à poser les règles essentielles en laissant au Gouvernement le soin de les compléter ;

Considérant enfin, qu'en vertu de l'article 3 de la Constitution, la souveraineté nationale appartient au peuple français qui « l'exerce par ses députés à l'Assemblée nationale, en toutes autres matières que les matières constitutionnelles » ; que l'extension de la compétence du pouvoir réglementaire serait contraire à l'article 3 si, par sa généralité et son imprécision, elle manifestait la volonté de l'Assemblée nationale d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale ;

EST D'AVIS

qu'il y a lieu de répondre à la question posée dans le sens des observations qui précèdent.

Le vice-président du Conseil d'Etat,
présidant la Commission,
R. Cassin

Le rapporteur,
G. Maleville

Le secrétaire,
S. Barraux

ANNEXE N°19

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi portant réforme de l'enseignement public »

20 juillet 1955

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/387, dossier n°267637, D.1872.CP

CONSEIL D'ETAT
Commission permanente — Séance du 20 juillet 1955

Dossier n°267637
D.1872.CP

AVIS

La Commission permanente du Conseil d'Etat, saisie du projet de loi portant réforme de l'enseignement public, a, dans sa séance du 20 juillet 1955, émis l'avis suivant :

(…)

2°) La Commission permanente observe que le texte soumis est, dans la plupart de ses dispositions, de nature réglementaire. Il paraîtrait désirable, qu'au cours de la discussion devant les Commissions compétentes du Parlement, le Gouvernement cherche la possibilité de condenser le texte en quelques dispositions générales et d'obtenir l'autorisation de mettre en œuvre ces dispositions par une procédure de décrets.

(…)

5°) Les dispositions de l'article 6 font ressortir la difficulté d'appliquer le nouveau régime en dehors des zones urbaines et surtout pour les populations rurales à faible densité. Il paraît indispensable d'ajouter l'alinéa ci-après prévoyant les dispositions d'adaptation nécessaires :

> « Un règlement d'administration publique fixera les modalités d'application, dans les régions à faible densité démographique, des dispositions relatives à l'enseignement moyen et aux trois années d'études terminales de l'enseignement obligatoire, notamment par la voie de l'organisation du ramassage des élèves. »

6°) Sans proposer la disjonction de l'article 7, la Commission permanente signale que les dispositions concernant des commissions spéciales ou conseils qui ne sont pas placés sous la présidence du ministre sont du type de celles qui devraient être réservées au pouvoir réglementaire.

(…)

Le président de la Commission permanente,
A. Andrieux

Le secrétaire de la Commission permanente,
J. Terrel

ANNEXE N°20

PROPOSITION DE LOI TENDANT A OPERER UN CLASSEMENT DE PRINCIPE DES MATIERES LEGISLATIVES PAR NATURE ET A DEFINIR LE DOMAINE ET LES MODALITES D'EXERCICE DU POUVOIR REGLEMENTAIRE

Présentée par Monsieur Guy Petit, député

22 mars 1956

Source : J.O.R.F., Documents de l'Assemblée nationale, séance du 22 mars 1956, annexe n°1361, p.904-905

Exposé des motifs

Mesdames, Messieurs,

Les dispositions ci-après répondent à des préoccupations fort anciennes. L'article 13 de la Constitution prévoit que « l'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit. » Mais aucune disposition constitutionnelle ou législative ne définit complètement les matières qui ne peuvent être réglées que par la loi. Il en résulte une confusion nuisible, tant au bon fonctionnement de l'Assemblée qu'à l'exercice des responsabilités gouvernementales. D'une part, des textes réglementaires sont intervenus dans des domaines où le Parlement seul était compétent ; des sujétions, même d'ordre pécuniaire, ont ainsi été imposées aux particuliers sans contrôle du pouvoir législatif. A l'inverse, des textes législatifs ont traité de l'organisation des services publics, voire de questions mineures qui de toute évidence étaient de la compétence du pouvoir réglementaire. Est-il utile de préciser que, dans bien des cas, c'est le Gouvernement lui-même qui, pour décharger sa responsabilité, a invité le Parlement à se prononcer sur des problèmes secondaires ou même sur les modalités de fonctionnement interne des organes administratifs ?

Depuis longtemps la doctrine et la jurisprudence du Conseil d'Etat se sont efforcées de tracer la frontière entre le domaine réservé au législateur et le domaine des décisions qui relèvent normalement du pouvoir réglementaire. Le Titre II de la loi du 17 août 1948, lui-même inspiré des considérations plusieurs fois développées par le président Léon Blum, a tenté de consacrer le fruit de ces efforts doctrinaux et de ces constructions jurisprudentielles. Le moment est venu où de plus grandes précisions peuvent être inscrites dans un texte qui se voudrait être la charte d'une réforme administrative continue.

Le premier article de la proposition définit les matières sur lesquelles le pouvoir exécutif ne peut intervenir que pour fixer, sur délégation expresse de la loi et par voie de règlement d'administration publique, de simples modalités d'exécution. Dans ce domaine, le législateur seul peut fixer ou modifier les principes. Hors de ces limites, le pouvoir réglementaire doit normalement prendre l'initiative des décisions. Afin d'éviter le retour à la confusion ancienne, une procédure spéciale est prévue. Avant de traiter au fond d'un projet ou d'une proposition de loi portant sur des matières non réservées au Parlement, l'Assemblée se prononcera sur la prise en considération du texte. Enfin, la même procédure s'appliquera aux amendements portant sur ces mêmes matières.

La proposition ne fait ici que consacrer les règles traditionnelles du régime parlementaire. D'une part, les Assemblées législatives seront préservées des empiètements de l'Exécutif. D'autre

part, dégagées de l'examen d'affaires dont les Gouvernements ont parfois tendance à se dessaisir alors qu'ils devaient en prendre l'entière responsabilité, elles pourront consacrer une plus grande part de leur activité à l'examen des problèmes essentiels. Il résulte d'ailleurs expressément de la proposition, que les Assemblées, en particulier l'Assemblée nationale qui exerce, par représentation, la souveraineté nationale, peuvent se saisir de toute question sous réserve de manifester expressément leur intention d'en dessaisir le pouvoir exécutif en votant la prise en considération

Enfin, il a paru nécessaire de prévoir la codification des textes dont la nature légale ou réglementaire aura été consacrée.

En résumé, le vote d'une loi de principe, ayant pour effet de mettre de l'ordre dans les notions demeurées trop confuses, est susceptible d'atteindre le double objectif suivant :

a) Dégager le Parlement de discussions mineures qui encombrent inutilement son ordre du jour ;

b) Permettre au Gouvernement par utilisation du seul pouvoir réglementaire de pouvoir réaliser un grand nombre de réformes d'organisation, qui sont et doivent être par leur nature de la compétence de l'Exécutif.

C'est pourquoi j'ai l'honneur de vous proposer le texte suivant :

PROPOSITION DE LOI

Article 1er

L'Assemblée nationale qui, en vertu des articles 3 et 13 de la Constitution, vote seule la loi, a compétence exclusive à l'égard des matières énumérées à l'article 2 de la présente loi ou de celle qu'elle évoque par un vote spécial.

Le pouvoir réglementaire s'exerce sur toutes les matières qui ne sont pas de la compétence exclusive du Parlement.

Article 2

Sous réserve des dispositions législatives antérieures conférant compétence à une autorité autre que le Parlement, qui demeurent applicables, sont par nature du domaine de la loi :

1°- Les matières réservées au législateur par la Constitution ;

2°- La confirmation de l'état de siège sur le territoire de la Métropole

3°- La jouissance et l'exercice des droits civils et civiques, la nationalité, l'état et la capacité des personnes, le régime des biens, les contrats et obligations ;

4°- Les mesures tendant à garantir ou à organiser les libertés publiques, les sujétions imposées en vue de la défense nationale ;

5°- La détermination et la sanction des infractions pénales, la procédure civile et criminelle, le contentieux administratif ;

6°- Le régime des collectivités locales, territoires d'outre-mer, offices, établissements publics, sociétés nationales ;

7° Le statut des magistrats et le statut général des fonctionnaires de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics en relevant ;

8°- Le transfert de propriété du secteur privé au secteur public ou du secteur public au secteur privé ;

9°- Les autorisations de dépenses et de recettes de l'Etat, ainsi que la création, la modification ou la suppression de tous impôts, taxes, prélèvements, cotisations, contributions ou prestations en espèces ou en nature perçus à titre obligatoire ;

10°- Les règles fondamentales de sécurité sociale ;

11°- Le statut de la monnaie

Dans les matières ci-dessus énoncées, les conditions et modalités d'application sont déterminées par décret ou arrêté, à moins que la loi n'y ait elle-même pourvu.

Article 3

Toutes les matières autres que celles visées à l'article précédent sont de la compétence du pouvoir réglementaire, à moins que l'Assemblée nationale ou le Conseil de la République, dans les cas où celui-ci est consulté en première lecture, ne manifestent leur volonté expresse de s'en saisir.

Article 4

A cet effet, lorsque des dispositions figurent dans un projet, dans une proposition ou dans un amendement présenté en commission, concernant les matières autres que celles énumérées à l'article 2, elles ne pourront être soumises à l'Assemblée nationale (ou au Conseil de la République) qu'après une décision de la commission saisie au fond, se prononçant en faveur de leur évocation par le Parlement.

Dans ce cas, notification du vote de la commission sera faite au Gouvernement, qui disposera d'un délai de trois jours pour donner son accord ou faire opposition.

S'il y a opposition du Gouvernement, la commission pourra, après un nouveau vote confirmant la première décision, demander à la conférence des présidents l'inscription à l'ordre du jour de l'Assemblée (ou du Conseil de la République).

La prise en considération, signifiant la volonté de l'Assemblée nationale (ou du Conseil de la République) de poursuivre la discussion, devra faire l'objet d'un vote préalable au scrutin public.

Article 5

Il pourra être procédé à la codification des dispositions législatives concernant les matières énumérées à l'article 1er de la présente proposition de loi par décrets en Conseil d'Etat, pris sur le rapport des ministres intéressés, du Garde des Sceaux, ministre de la justice, et du secrétaire d'Etat à la présidence du conseil, chargé de la fonction publique et de la réforme administrative, et après avis de la commission supérieure instituée par le décret n°48-800 du 10 mai 1948.

(…)

Article 7

Jusqu'à la publication des décrets portant codification, il pourra être procédé par décrets pris en conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat et sur le rapport des ministres intéressés, à l'aménagement des dispositions concernant des matières autres que celles énumérées à l'article 2 ci-dessus et contenues dans des textes législatifs intervenus antérieurement à la promulgation de la présente loi.

ANNEXE N°21

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Proposition de loi tendant à opérer un classement des matières législatives par nature et à définir le domaine et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire »

15 novembre 1956

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/424 dossier n°269977

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 15 novembre 1956

Dossier n°269977

Rapporteur : M. CHASSERAT

NOTE

Le Conseil d'Etat, appelé par le ministre d'Etat, Garde des Sceaux, chargé de la Justice, à faire connaître ses observations sur une proposition de loi tendant à opérer un classement des matières législatives par nature et à définir le domaine et les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire, croit devoir présenter sur ce texte les remarques suivantes :

Le classement des matières législatives et réglementaires n'a fait l'objet d'aucun texte de droit écrit. En effet, la loi du 17 août 1948 ne vise qu'à permettre certaines réformes par la voie réglementaire et non à instituer des critères généraux de répartition des compétences. La délimitation des compétences législative et réglementaire se trouve donc réglée actuellement par la coutume, par la pratique législative et par la jurisprudence.

Il ne paraît ni souhaitable ni possible de tracer cette délimitation dans un texte de loi qui, eu égard aux aspects particulièrement divers de la question, ne pourrait donner la certitude de contenir une énumération complète et qui ne pourrait régler la question pour l'avenir de façon permanente et définitive. En effet le Parlement disposant de la souveraineté nationale, c'est à lui qu'il appartient, dans chaque cas particulier, de se réserver les questions sur lesquelles il entend se prononcer. Il s'ensuit que la compétence législative et, par voie de conséquence, la compétence réglementaire peuvent, au moins sur certaines questions, varier selon la date des lois, les circonstances de leur vote et les conditions politiques. On peut ainsi penser qu'il ne convient pas de fixer dans le détail la sphère d'action des deux pouvoirs et qu'au contraire, une systématisation permanente, dans ce domaine, risquerait de bouleverser l'économie de notre législation. Ces observations sont, d'ailleurs, confirmées par le caractère arbitraire de l'énumération contenue dans l'article 2 de la proposition susvisée et par l'impossibilité où son auteur s'est trouvé de préciser certaines de ses mentions.

Il ressort au surplus des débats ayant précédé l'adoption de l'article 13 de la Constitution que les auteurs de ce texte, appelés à se prononcer sur une détermination précise des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire, ont refusé d'établir une délimitation générale entre ces

deux compétences estimant que cette délimitation devait être établie par la pratique, par la coutume et selon les circonstances.

Enfin la loi du 17 août 1948, si elle n'a pas eu pour objet d'établir un classement méthodique des compétences, a néanmoins eu pour effet d'instituer une certaine délimitation. Appliquée depuis plusieurs années, elle a prouvé son utilité. C'est, sans doute, la raison pour laquelle la présente proposition de loi a entendu la maintenir. Elle ne peut sur ce point qu'être approuvée. Il n'en reste pas moins que, si la proposition de loi dont s'agit était adoptée, il existerait deux délimitations d'ailleurs différentes sur de nombreux points. Cet état des choses aurait pour conséquence de provoquer des conflits de législations qui ne seraient de nature à faciliter ni la tâche du législateur ni celle du Gouvernement et qui, au lieu d'aboutir à une simplification, ne pourraient que créer la confusion.

Telles sont les raisons pour lesquelles le Conseil d'Etat estime que l'adoption de la proposition de loi dont s'agit n'est pas souhaitable.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 15 novembre 1956.

Le vice-président du Conseil d'Etat
René Cassin

Le rapporteur,
Pierre Chasserat

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Raymond Janot

ANNEXE N°22

PROPOSITIONS CONCERNANT LA REVISION CONSTITUTIONNELLE EN COURS

élaborées par André CHANDERNAGOR,
conseiller technique auprès du président du conseil, Guy MOLLET

6 décembre 1956

Source : Office universitaire de recherche socialiste – Paris : archives André Chandernagor, cote 62 APO 1, Dossier 3 : Révision de la constitution ; « Propositions concernant la révision constitutionnelle en cours », 6 décembre 1956 (3 pages dactylographiées)

SCHEMA D'ENSEMBLE

La position prise par la Commission la semaine dernière sur l'article 49 est sage. Elle ne doit pas être interprétée comme le refus d'une révision destinée à renforcer la stabilité du Gouvernement, mais comme le refus de modifications qui, en fait, auraient eu pour effet de restreindre la liberté de poser la question de confiance ou de diminuer l'efficacité réelle de ce procédé.

Il faut, non pas modifier le système de la question de confiance, mais aller à la source des difficultés qui obligent trop souvent un Gouvernement à mettre en jeu sa responsabilité ; s'il recourt souvent à la question de confiance, c'est en effet faute d'autres moyens pour faire prévaloir sa politique ou repousser les attaques de l'opposition ou des dissidents de la majorité.

A cet effet, il est proposé d'agir sur trois plans :

1°) Dans le domaine des rapports politiques :

Pour empêcher l'opposition de se livrer comme maintenant à une guerre d'usure contre le Gouvernement par des voies détournées, il faut l'obliger à passer par la motion de censure.

On obligerait ainsi l'opposition à attaquer de front et, plus encore, on empêcherait les dissidents de la majorité de mener contre le Gouvernement des attaques indirectes qui diminuent son autorité jusqu'à ce qu'il soit en état d'être renversé.

En même temps il faut renforcer la position du Gouvernement dans la procédure de la motion de censure en exigeant que les motions de censure soient constructives et pas seulement négatives comme maintenant.

Solutions proposées :

- La motion de censure devrait indiquer les mesures positives proposées pour se substituer à l'action gouvernementale critiquée ;
- Les débats d'interpellations ne pourraient se conclure que par le vote sur les motions de censure éventuellement déposées ;
- Pour conserver au Gouvernement la possibilité de faire approuver, à son initiative, tel ou tel point de sa politique, il convient de créer, d'autre part, une procédure de déclarations gouvernementales avec demande d'approbation.

2°) Dans le domaine législatif : deux mesures :

a) Il faut constitutionnaliser la pratique actuelle des lois-cadres en en faisant de véritables contrats passés entre le Gouvernement et sa majorité.

En votant l'octroi de pleins pouvoirs à un Gouvernement déterminé, l'Assemblée lui marque sa confiance dans un secteur donné ; il faut que cette confiance puisse être accordée pour une assez longue durée (par exemple deux ans). Il faut surtout que ce vote portant sur la réalisation d'un programme défini avec précision par les termes mêmes de la loi-cadre ne soit pas remis en question à tout moment.

Solutions proposées :

- Loi-cadre d'une durée normale de 2 ans votée pour un Gouvernement déterminé ;
- Pendant la durée de cette autorisation, irrecevabilité de toute proposition, motion ou amendement contraire aux objectifs fixés par la loi-cadre ou aux décrets pris pour son application.

b) Octroi au Gouvernement de la possibilité de faire inscrire à l'ordre du jour par priorité et de faire discuter suivant une procédure dégagée de toute obstruction les projets de loi les plus importants.

Solutions proposées :

- Création d'une catégorie de projets de loi prioritaires ;
- Institution de règles spéciales de procédure pour la discussion de ces projets de loi : inscription prioritaire à l'ordre du jour à la demande du Gouvernement, discussion sur la base du texte gouvernemental, restrictions au dépôt des diverses motions préjudicielles etc…. (1)

3°) Création d'un droit de dissolution libre :

Solution proposée :

- Avant-projet présenté par M. Coste-Floret, rapporteur général.

---

(1) Les modifications constitutionnelles proposées ci-dessus pour améliorer la position du Gouvernement dans le domaine législatif ne semblent pas normalement pouvoir figurer dans l'un des articles actuellement soumis à la révision. Ces modifications devraient faire l'objet d'un article 13 bis nouveau.

Si la Commission en accepte le principe, il lui serait facile, au cours d'une de ses prochaines séances, d'adopter et de proposer à l'Assemblée une résolution tendant à compléter la Constitution par un article 13 bis. La Commission pourrait prendre cette décision très rapidement sans retarder l'examen des autres articles en cours de discussion devant elle car il suffirait, pour le moment, d'être d'accord sur le principe d'une amélioration des rapports entre le Gouvernement et le Parlement dans le domaine législatif. Le vote de cette résolution pourrait ensuite être acquis très rapidement dans les deux Assemblées et intervenir avant la fin des travaux actuels de la Commission, ce qui lui permettrait de présenter le nouvel article 13 bis dans son rapport d'ensemble.

PROJET D'ARTICLE 13 BIS DE LA CONSTITUTION

Adjonction d'un article 13 bis
(Constitution)

Article 13 bis

I – La loi peut autoriser un Gouvernement déterminé, pendant une durée maximum de 2 ans, à prendre, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, par décrets en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat, les mesures rentrant dans le cadre des objectifs qu'elle définit.

Pendant la durée de cette autorisation, il ne peut être déposé ni inscrit à l'ordre du jour aucune proposition de loi, aucun amendement, aucune motion, contraire aux objectifs fixés par la loi-cadre ou aux décrets pris pour son application.

Les dispositions du premier alinéa ci-dessus ne sont pas applicables aux matières expressément réservées à la loi par la Constitution.

II – L'examen des projets de loi mentionnés à l'article 14, alinéa 2, de la Constitution a lieu devant les deux Assemblées suivant des règles spéciales de procédure qui peuvent être également rendues applicables à d'autres projets de loi par décision de la Chambre sur le bureau de laquelle le texte a été déposé pour première lecture. Ces règles spéciales doivent, sans déroger à l'article 20, faciliter et abréger la discussion et le vote des projets qui en bénéficient et, notamment, permettre leur examen par priorité aux dates demandées par le Gouvernement, assurer leur discussion sur la base, en première lecture, du texte initial, ensuite, du texte transmis par l'autre Chambre, restreindre le nombre des votes auxquels leur discussion doit donner lieu.

ANNEXE N°23

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi fixant les principes de la politique agricole »

11 février 1957

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/460 dossier n°271911

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 11 février 1957

Dossier n°271911

Rapporteur : M. RENAUDIN

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi par le Gouvernement d'un projet de loi fixant les principes de la politique agricole, croit devoir rappeler les termes de son avis, en date du 6 février 1953, relatif aux limites que l'article 13 de la Constitution apporte aux pouvoirs du législateur ; si celui-ci peut déterminer souverainement la compétence du pouvoir réglementaire, il ne peut cependant ni l'étendre aux matières qui sont réservées à la loi soit en vertu des dispositions de la Constitution, soit par la tradition constitutionnelle républicaine, ni donner à cette extension un caractère si général qu'elle manifesterait, contrairement à l'article 3 de la Constitution, la volonté de l'Assemblée nationale d'abandonner au Gouvernement l'exercice de la souveraineté nationale.

Dans l'hypothèse où le Gouvernement estimerait que cette objection d'ordre constitutionnel ne porterait pas pour les nombreux décrets auxquels renvoie le projet de loi – décret dont le contenu exact ne peut être actuellement délimité –, le Conseil d'Etat a examiné le projet au fond ; il l'a adopté sous réserve des modifications et observations suivantes établies par rapport au texte dont le Gouvernement a saisi le Conseil le 23 mars 1957 ;

La plus importante est relative à la procédure qui devra être suivie pour tous les décrets modifiant des lois en vigueur, portant aménagements fiscaux, ou entraînant des atteintes au droit de propriété.

(…)

Le président de Section, présidant la séance,
Georges Michel

Le rapporteur,
Philippe Renaudin

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Raymond Janot

ANNEXE N°24

PROJET DE LOI RELATIF A LA REFORME ADMINISTRATIVE

« Projet Guy Mollet »

Reçu au Conseil d'Etat le 3 mai 1957

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/465, dossier n°272141

Exposé des motifs

(…)

Le Gouvernement détient en vertu des lois existantes des pouvoirs étendus en matière de réforme administrative. L'organisation, les règles de fonctionnement et de contrôle, la suppression, la transformation et la fusion des services publics sont notamment de son ressort.

Toutefois, les contingences de l'évolution législative subordonnent à l'intervention du Parlement un certain nombre de décisions qui tiennent en suspens des réformes importantes. Il faut donc parfaire les attributions gouvernementales pour qu'elles puissent s'exercer.

*
* *

Il arrive ainsi fréquemment que le Gouvernement, compétent pour réorganiser une administration par voie réglementaire, en soit empêché par le fait qu'une loi a établi des liens entre certaines instances actuelles de l'administration et les administrés, ou entre ces instances et des institutions relevant de la compétence législative. Pour libérer l'action gouvernementale ainsi paralysée, il est indispensable d'autoriser le Gouvernement à établir, entre l'administration et les administrés ou les institutions dans une organisation administrative nouvelle, des rapports équivalents à ceux qui existaient dans l'organisation administrative ancienne.

Un exemple des contingences de l'évolution législative est le caractère mouvant de la frontière entre les mesures d'organisation administratives qui relèvent du pouvoir législatif et celles qui relèvent du pouvoir réglementaire.

La loi du 17 août 1948 a précisé ces frontières dans un certain nombre de matières. Mais elle ne les a pas fixées pour autant. En effet, il suffit – et le cas s'est déjà produit à plusieurs reprises – qu'une loi intervienne sur des matières classées comme règlementaires par la loi du 17 août 1948 pour que le degré de liberté du Gouvernement se trouve réduit ; la matière touchée par la loi reste du domaine réglementaire, mais les dispositions de la loi ne peuvent plus être adaptées à l'évolution des évènements par des textes réglementaires ; ainsi s'établit entre les pouvoirs législatif et réglementaire une frontière sinueuse et changeante, qui tranche arbitrairement au travers des matières qui touchent à l'organisation administrative.

Or, le parlementaire qui dépose une proposition de loi, et *a fortiori*, le Gouvernement qui dépose un projet de loi sur une matière qui relève du pouvoir réglementaire en vertu de la loi du 17 août 1948, n'entendent pas nécessairement modifier l'ordre habituel des compétences. Autant il serait inconcevable de dénier un droit d'intervention au pouvoir législatif dans les matières classées comme d'ordre réglementaire par la loi du 17 août 1948, autant il est anormal de considérer que l'intervention du pouvoir législatif modifie tacitement ce classement.

C'est pourquoi le Gouvernement propose, dans le présent projet de loi, une disposition interprétative d'après laquelle les affaires déclarées réglementaires par la loi du 17 août 1948, conservent ce caractère même si elles font l'objet de textes législatifs, à moins évidemment, que ces textes législatifs ne mentionnent expressément que le pouvoir réglementaire tiré de la loi du 17 août 1948 ne pourra plus être exercé dans les affaires considérées.

*

* *

(…)

PROJET DE LOI

Article 1er

Lorsque dans l'une des matières énoncées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948, des mesures auront été prises en la forme législative, les matières en cause continuent à relever de la compétence du pouvoir réglementaire, ou sont reclassées dans cette compétence, sauf si le législateur en a autrement ordonné.

(…)

ANNEXE N°25

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi relatif à la réforme administrative »

16 mai 1957

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/465, dossier n°272141

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 16 mai 1957

Dossier n°272141

Rapporteur : M. RACINE

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi d'un projet de loi relatif à la réforme administrative, tout en constatant que le projet n'épuise par la mission donnée au Gouvernement par l'article 3 de la loi n°56-870 de la loi du 4 août 1956, a d'abord cru devoir modifier les articles 1, 2, 3 et 4 qui tendent à compléter les pouvoirs que le Gouvernement tient de la loi du 17 août 1948.

L'article 1er n'a fait l'objet que d'une modification de rédaction, mais il a paru plus logique de ne pas maintenir en tête du projet cette disposition qui a un caractère interprétatif.

(…)

C'est en tenant compte des considérations qui précèdent que le Conseil d'Etat a retenu la rédaction suivante :

(…)

Article 3

Lorsque, dans l'une des matières énoncées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948 et dans la présente loi, des mesures ont été ou seront prises en la forme législative, cette matière n'est enlevée à la compétence du pouvoir réglementaire que si le législateur l'a expressément décidé.

(…)

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 15 novembre 1956.

Le vice-président du Conseil d'Etat
René Cassin

Le rapporteur,
Pierre Racine

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Raymond Janot

ANNEXE N°26

PROJET DE LOI CONSTITUTIONNELLE TENDANT A LA REVISION DES ARTICLES 9, 12 §2, 13 ET 45 DE LA CONSTITUTION DU 27 OCTOBRE 1946

« Projet Pierre Pflimlin »

Reçu au Conseil d'Etat le 23 mai 1958

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/509, dossier n°274498

Exposé des motifs

Le 21 mars dernier, l'Assemblée nationale procédait à une révision utile mais limitée de la Constitution. Celle-ci était présentée et votée comme une première étape. Il était d'ores et déjà évident que pour rendre aux institutions républicaines efficacité et vigueur, il convenait de faire davantage.

La crise que traverse la Nation atteste l'urgence d'une réforme beaucoup plus profonde. Elle souligne la nécessité de concilier un légitime contrôle parlementaire avec la restauration de l'autorité et de la responsabilité du Gouvernement.

Or, celles-ci sont incompatibles avec la pratique de la session quasi permanente du Parlement. Il n'est pas normal qu'un Gouvernement investi de la confiance de l'Assemblée et auquel cette confiance est confirmée à l'occasion du vote du budget se trouve assigné à comparaître quotidiennement devant les Chambres. L'effet le plus sûr de cette obligation est d'entraver l'action du Gouvernement et de diminuer sa responsabilité propre. Il est donc nécessaire d'y substituer, pendant une partie de l'année, une collaboration constante des Commissions permanentes des Assemblées avec le Gouvernement. Ceci implique la révision des articles 9 et 12, alinéa 2, de la Constitution.

D'autre part, le Gouvernement doit pouvoir assumer la plénitude de ses responsabilités en disposant des moyens nécessaires pour gouverner. Il doit donc être habilité, à cet effet, à prendre par décret les mesures utiles sous le contrôle du Parlement. D'où la nécessité d'ouvrir à révision l'article 13 de la Constitution.

Enfin, les longues périodes de vacance du pouvoir, ouvertes par des crises trop fréquentes, montrent clairement le point d'où part l'ébranlement de nos institutions.

Il n'est plus possible non seulement de laisser se précipiter une instabilité devenue mortelle, mais encore de permettre le renversement d'un Gouvernement sans investiture préalable d'un autre Gouvernement. Cela suppose la révision des procédures de désignation du Président du Conseil prévues à l'article 45.

Tel est, esquissé à grands traits, l'objet de la réforme constitutionnelle qui doit être soumis d'urgence au vote du Parlement. La révision de ces quatre articles donnera alors toute sa portée à celle votée le 21 mars par l'Assemblée et qui devra elle-même notamment à l'article 51 être complétée et renforcée.

(…)

Article 3

L'article 13 de la Constitution est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :

« Article 13 :

1. L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle peut toutefois habiliter le Gouvernement à abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur par décrets pris en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'Etat. La loi d'habilitation fixe l'étendue des pouvoirs accordés au Gouvernement.

2. Ces décrets entrent en vigueur dès leur publication au *Journal officiel,* mais ne deviennent définitifs qu'après leur ratification par le Parlement, auquel ils doivent être soumis dans le délai d'un an à compter de leur publication.

3. Le Gouvernement peut opposer son veto à tout ou partie d'une proposition, d'un amendement ou d'un rapport relatifs aux matières sur lesquelles il a reçu une habilitation dans les conditions fixées au présent article. Le texte auquel le veto est ainsi opposé ne peut être adopté qu'à l'expiration d'un délai de 6 mois et s'il est voté par les deux Assemblées à la majorité des deux tiers des membres qui les composent. En cas de contestation sur l'exercice du veto, l'Assemblée intéressée peut, à la même majorité, saisir le Comité constitutionnel qui statuera sur le point de savoir si ce texte rentre ou non dans le cadre de l'habilitation consentie au Gouvernement.

4. Ne peuvent faire l'objet de l'habilitation prévue à l'alinéa 1er du présent article, outre les matières législatives mentionnées comme telles par les dispositions de la Constitution, l'exercice des libertés publiques, le droit des personnes et la législation électorale. »

(…)

ANNEXE N°27

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de loi constitutionnelle tendant à la révision des articles 9, 12 §2, 13 et 45 de la Constitution du 27 octobre 1946 »

23 mai 1958

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/509, dossier n°274498

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 23 mai 1958

Dossier n°274498

Rapporteurs : MM. MASPETIOL
MALEVILLE

NOTE

Le Conseil d'Etat, tout en adoptant, sous réserve de certaines modifications, le projet de loi tendant à la révision des articles 9, 12 §2, 13 et 45 de la Constitution, n'a pas cru pouvoir adopter l'amendement présenté par le Gouvernement à l'alinéa 4 de l'article 3 de son texte primitif tendant à rendre permanent l'effet de son opposition à l'adoption d'une proposition ou d'un amendement.

Le Conseil d'Etat a estimé que cet amendement dénaturerait la portée de son droit d'opposition.

Au même alinéa, le Conseil a également supprimé les mots « ou d'un rapport », estimant que l'opposition ne pouvait être utilisée pour empêcher le Parlement d'examiner un projet de décret soumis à sa ratification en vertu de l'alinéa précédent du même article.

Le Conseil d'Etat croit également devoir signaler que la réduction de la durée de la session ordinaire du Parlement devrait amener le Gouvernement à examiner s'il n'y aurait pas lieu de déposer un projet de loi tendant à modifier la date de la deuxième session ordinaire des conseils généraux.

La présente note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 23 mai 1958.

Le vice-président du Conseil d'Etat
René Cassin

Les rapporteurs,
Roland Maspétiol, Georges Maleville

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Raymond Janot

(…)

Article 3

L'article 13 de la Constitution est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes :

« Article 13 :

L'Assemblée nationale vote seule la loi. Le Parlement peut toutefois habiliter le président du conseil des ministres à prendre, par décrets en conseil des ministres, et après avis du Conseil d'Etat, des dispositions pouvant notamment abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur.

La loi d'habilitation détermine les matières pour lesquelles ces pouvoirs sont accordés. L'habilitation ne peut porter sur les matières législatives définies comme telles par les articles de la Constitution, sur l'exercice des libertés publiques, sur le droit des personnes, sur la qualification des crimes, les peines qui leur sont appliquées et la procédure qui les concernent, et sur le Code électoral.

Ces décrets entrent en vigueur par leur publication au *Journal officiel.* Ils sont soumis à la ratification du Parlement, dans le délai d'un an à compter de leur publication.

Le Gouvernement peut s'opposer à tout moment à l'adoption de tout ou partie d'une proposition ou d'un amendement relatifs aux matières sur lesquelles une habilitation a été donnée dans les conditions fixées au présent article. Le texte auquel le Gouvernement s'est ainsi opposé ne peut être adopté qu'à l'expiration d'un délai de six mois et s'il est voté par les deux Assemblées à la majorité des deux tiers des membres qui les composent. En cas de contestation sur l'exercice de l'opposition, l'Assemblée intéressée peut, à la même majorité, saisir le Comité constitutionnel qui statue sur le point de savoir si ce texte rentre ou non dans le cadre de l'habilitation. »

(…)

Ce projet de loi a été délibéré et adopté par le Conseil d'Etat dans sa séance du 23 mai 1958.

Le vice-président du Conseil d'Etat
René Cassin

Les rapporteurs,
Roland Maspétiol, Georges Maleville

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Raymond Janot

ANNEXE N°28

TRAVAUX PREPARATOIRES DE LA CONSTITUTION DE 1958

« Systèmes de législation gouvernementale imaginés par
Jérôme SOLAL-CELIGNY pour le groupe de travail et le conseil interministériel »

juin - juillet 1958

Source : *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958,* Paris : La Documentation française, 1987, vol. 1.

Système 1 : la « délégation » [1]

« La loi peut autoriser le Premier ministre à prendre par ordonnances rendues en conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, des dispositions pouvant notamment abroger, modifier ou remplacer les dispositions législatives en vigueur. Cette loi détermine les matières pour lesquelles ces pouvoirs sont accordés. »

Système 1-bis : le contrat d'investiture [2]

« Le Premier ministre fait connaître [ou peut faire] à l'Assemblée nationale, chaque fois qu'il le juge utile, les grandes lignes de la politique qu'il entend poursuivre et les résultats de l'action qu'il a menée (…) »

« Pour réaliser les objectifs de la politique gouvernementale définie dans les déclarations prévues à l'article [ci-dessus], le Premier ministre peut, par ordonnances rendues en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat, prendre des dispositions de portée générale qui, le cas échéant, abrogent, modifient ou remplacent des textes législatifs en vigueur. Ces ordonnances prennent effet par leur publication au *Journal officiel.* Elles sont déposées sur les bureaux des Assemblées en cours de la session suivante. »

---

[1] Avant-projet de Constitution préparé à la mi-juin (art. 7, 2e variante), *DPS,* vol. 1, p.255 ; Projets d'articles relatifs au Parlement soumis au groupe de travail les 27 juin, 1er juillet et 2 juillet 1958 (art. 12, 2e variante), (*DPS,* vol. 1, p.301)

[2] « Propositions relatives à la possibilité pour le Gouvernement de prendre des ordonnances de valeur législative, préparées par M. Jérôme Solal-Céligny et examinées par le groupe de travail le 2 juillet 1958 », art. 12, 2e variante (*DPS,* p.335) ; La rédaction est très légèrement différente mais substantiellement identique dans la formulation proposée au conseil interministériel : v. « Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel, textes proposés, 1er système (*DPS,* vol. 1, p.368-369)

Système 2 : la coordination des domaines

VERSION 1 (18 JUIN – 2 JUILLET 1958) [3]

« Sont réservées à la loi les questions relatives à l'électorat, à l'éligibilité et à la durée des pouvoirs des assemblées parlementaires et des conseils des collectivités décentralisées, à la délimitation des circonscriptions administratives, au droit des personnes, à la qualification des crimes, aux peines qui leur sont applicables et à la procédure criminelle, au statut de la magistrature ainsi que les questions mentionnées aux articles…

Ne peuvent résulter que d'un vote du Parlement la déclaration de guerre, la proclamation de l'état de siège et l'amnistie.

Les matières autres que celles visées aux deux alinéas précédents présentent un caractère réglementaire. »

VERSION 3 (PRESENTEE LE 7 JUILLET 1958 AU CONSEIL INTERMINISTERIEL) [4]

[Article A]

« La loi est votée par le Parlement.

Sont réglées par la loi les questions relatives à l'organisation des Pouvoirs publics, au statut de la magistrature, à l'état et à la sûreté des personnes, à la procédure pénale, à la définition des infractions criminelles et aux peines qui leur sont applicables, ainsi qu'aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. La loi autorise la ratification des traités mentionnés à l'article…, la déclaration de guerre et la prorogation de l'état de siège. L'amnistie ne peut être accordée que par la loi. Les ressources et les charges de l'Etat sont votées dans les conditions prévues à l'article 18. »

[Article B]

« Le Premier ministre dispose du pouvoir réglementaire.

Les autres matières que celles visées à l'article précédent présentent un caractère réglementaire. »

---

[3] Avant-projet de Constitution préparé à la mi-juin (art. 7, 1ère variante), *DPS,* vol. 1, p.255 ; Projets d'articles relatifs au Parlement soumis au groupe de travail les 27 juin, 1er juillet et 2 juillet 1958 (art. 12, 1ère variante), (*DPS,* vol. 1, p.300-301). Une version 2, substantiellement identique, est élaborée en vue de la réunion du groupe de travail du 2 juillet (« Propositions relatives à la possibilité pour le Gouvernement de prendre des ordonnances de valeur législative », art. 12, 4e variante (*DPS,* p.335)

[4] « Note sur la fonction législative », 7 juillet 1958, adressée au conseil interministériel, textes proposés, 2ème système (*DPS,* vol. 1, p.369)

Système 3 : la législation par alternance [5]

[Article A]

« La loi est votée par le Parlement.

Le Parlement peut seul statuer sur les questions relatives à l'organisation des Pouvoirs publics, à l'état et à la sûreté des personnes, à la procédure pénale, à la qualification des crimes, aux peines qui leur sont applicables et au statut de la magistrature. Il autorise la ratification des traités mentionnés à l'article 10, la déclaration de guerre et la prorogation de l'état de siège.

L'amnistie ne peut être accordée que par la loi.

Il n'est fait exception à ces règles que par une délégation qui détermine exactement son domaine et sa durée. »

[Article B]

« Le Premier ministre dispose du pouvoir réglementaire.

Lorsque le Parlement ne siège pas et sous réserve des dispositions de l'article précédent, des ordonnances rendues en Conseil des ministres et après avis du Conseil d'Etat peuvent prendre des dispositions de portée générale qui, le cas échéant, abrogent, modifient ou remplacent des textes législatifs en vigueur.

Ces ordonnances prennent effet par leur publication au *Journal officiel.* Elles sont déposées sur le bureau des Assemblées au cours de la session qui suit cette publication. »

[5] Groupe de travail, séance du 2 juillet 1958, *DPS,* vol. 1, p.327-328

ANNEXE N°29

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de décret relatif à la réglementation d'urbanisme applicable à la ville de Paris »

16 septembre 1958

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/502, dossier n°274119

CONSEIL D'ETAT
Section des Travaux publics — Séance du 16 septembre 1958

Dossier n°274119

Rapporteur : M. QUERRIEN

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi d'un projet de décret présenté en application de la loi du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, n'a pas cru devoir approuver ce projet sous cette forme, l'article 31 de ladite loi ne lui paraissant pas fournir une base légale incontestable aux dispositions projetées. Rien ne s'oppose, par contre, à ce que ces mêmes dispositions, dont il a examiné et approuvé la teneur, fassent l'objet d'une ordonnance prise en application de la loi du 3 juin 1958, conformément à la rédaction jointe à la présente note. Il appartient au secrétariat général du Gouvernement d'apprécier si l'ordonnance doit intervenir, mais dans ce cas, l'avis du Conseil d'Etat est d'ores et déjà donné.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 16 septembre 1958.

Le président,
Pierre Josse

Le maître des requêtes, rapporteur,
Max Querrien

Le secrétaire ff^ons
Th. Paquereau

ANNEXE N°30

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

« Projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances et des affaires économiques »

9 octobre 1958

Source : Archives nationales – site de Pierrefitte-sur-Seine : dossiers d'affaires administratives du Conseil d'Etat, cote 19990025/525 dossier n°275400

CONSEIL D'ETAT
Assemblée générale — Séance du 9 octobre 1958

Dossier n°275400

Rapporteur : M. DUCOUX

NOTE

Le Conseil d'Etat, saisi d'un projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances et des affaires économiques donne un avis favorable à ce texte.

Le Conseil d'Etat, examinant le point de savoir si les articles 6 et 7 de la loi du 17 août 1948 restaient en vigueur après la promulgation de la Constitution du 4 octobre 1958, a émis l'avis que les dispositions de la loi du 17 août 1948 étaient incompatibles avec celles de l'article 37 de la Constitution qui sont immédiatement applicables. Il estime toutefois que des garanties analogues à celles données par l'article 6 de la loi du 17 août 1948 devraient être rétablies, tant pour préserver les finances de l'Etat que pour assurer la coordination nécessaire entre les services ministériels. Il suggère, en conséquence, que le Gouvernement prépare en application de l'article 37 de la Constitution un décret exigeant que les textes pris dans les matières énumérées à l'article 7 de la loi du 17 août 1948 soient adoptés, après avis du Conseil d'Etat et sur le rapport du ministre des finances et des affaires économiques et des ministres intéressés.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'Etat dans sa séance du 9 octobre 1958.

Le vice-président du Conseil d'Etat
René Cassin

Le maître des requêtes, rapporteur,
Jacques Ducoux

Le maître des requêtes, secrétaire général du Conseil d'Etat,
Raymond Janot

INDEX DES MATIERES

(les numéros renvoient aux pages)

A

Abrogation
expresse ..... 459 s.
implicite ..... 276 s., 759 s.

Acte
de gestion / d'autorité 545
de gouvernement ..... 380 s.
inexistant 16, 105, 190
instrumentum 6, 11, 19, 588
mixte ..... 446 s.
negotium 105, 594
normateur 6, 11, 183, 437

Acte administratif unilatéral
individuel ..... 7, 12, 292 s. 364 s., 372 s.
réglementaire ..... (*voir* règlement)

Acte-condition (L. Duguit) ..... 454 s., 550 s.

Acte-règle (L. Duguit) ..... 5 s., 401 s.

Actes constitutionnels (Vichy) ..... 178 s.

Adaptation ..... 360, 361, 541, 549, 558 s.
mutabilité ..... *voir* règlement

Adaptation réactive (P. Napoli) ..... 358 s., 664 s.

Administration
appareil d'Etat ..... 6 s., 655, 661 s.
fonction publique 362 s., 370 s., 562 s. 662 s., 673 s.
hauts fonctionnaires (*voir aussi* technocratie) 51, 52, 138, 700, 701, 706
fonction ..... *voir* fonction administrative
organe ..... 265 s., 305 s., 562 s., 655 s.

Algérie
guerre 684-685, 700-701 711-712
régime législatif 631-635, 651-652, 763-764

Allemagne ..... 180 s. 615 s., 640 s. 660 s.
droit nazi 184

Alsace-Moselle 112, 114, 358

Amendement ..... 750 s.

Annulation ..... 270 s., 540 s., 792 s.

Armistice
du 11 novembre 1918 ..... 112, 417
du 22 juin 1940 ..... 168 s., 176, 204, 212, 217

Arrêts de règlement ..... (*voir* règlements)

Assemblée constituante 205-206
de 1789 611
élue 21 octobre 1945 ..... 371 s.
élue le 2 juin 1946 243-244
souveraineté 206-207

Assemblée consultative provisoire ..... 198 s.
Assemblée nationale (IIIe République) (*voir aussi* révision de la Constitution) ..... 169 s.

Assemblée nationale (IVe République)
commissions ..... 160 s., 238 s., 449 s., 519 s.
dissolution 374, 721
monopole législatif ..... 223 s.
règlement 243
souveraineté 223, 490

Associations (loi de 1901) 11, 31

Autonomie de la volonté ..... 20 s.

Autorités administratives indépendantes 10-11

Avis (du Conseil d'Etat)
conforme 295, 754
facultatif ..... 60 s., 270 s., 590 s., 603
obligatoire ..... 60, 196 s., 270 s., 504 s., 587 s.
portée ..... 293, 412, 484 s.
publicité / secret ..... 64, 484 s.

B

Base constitutionnelle ..... 311 s., 342 s.
théorie des « bases constitutionnelles » (Georges Vedel) ..... 309 s., 320 s., 337 s.

Base légale 45, 85, 279-281, 583, 761

Bloc national 138

C

Caducité ..... 464 s.

Cartel des gauches 123

Césarisme ..... (*voir* traditions gouvernementales)

Chambre des députés (IIIe République) ..... 107-130, 167 s., 219-220, 465 s., 499 s.
commissions 240
dissolution 150
règlement 117

Changement de circonstances ..... 539, 550, 558 s.

Chartes
de 1814 ..... 32 s., 45, 48, 609 s.,
de 1830 ..... 33, 621 s.

Chef de service ..... *voir* supérieur hiérarchique

Circonstances exceptionnelles 87 s., 211 s. 361 s., 392 s., 711 s.
théorie jurisprudentielle ..... 87 s., 362 s., 375 s.

Circulaire 6, 335, 661

Co-auteur (théorie du) ..... 447 s.

Code civil 296, 441, 462, 552, 772

Code pénal 7, 187

Co-décision ..... *voir* co-auteur (théorie du)

Codification ..... 767 s.

Collectivités territoriales (ou locales) ..... 9 s., 50 s.
communes 9, 12, 193, 366, 450
départements 9, 12, 193, 234-235, 690-691

Colonies 273, 560
Afrique équatoriale française 302
Afrique occidentale française 277, 670
Cameroun 760, 763
Haute-Volta 283, 285
Indochine .....275 s., 302, 595
Maroc 105
régime législatif colonial ..... *voir* droit colonial
Togo 760, 763
Tunisie 105, 376, 377

Comité constitutionnel (IVe République) 497, 513, 524, 526, 718

Comité consultatif constitutionnel *voir* écriture de la Constitution de 1958

Compétence .....431 s.

Concentration des pouvoirs .....17, 178 s., 436-437

Condition
résolutoire 463, 464, 466
suspensive .....463, 550 s.

Confiance ..... 148 s., 199 s.

Conflit de lois 635, 685

Conseil constitutionnel……487-488, 509 s., 731, 737, 750 s., 771 s.

Conseil d'Etat
Assemblée du contentieux .....548-561, 598 s.
Assemblée générale 89 s., 279 s., 366-373, 450-452, 475-477, 503 s., 525 s., 586 s., 629 s., 677-700, 709-710, 714-716, 728 s., 745-800
avis .....*voir* avis du Conseil d'Etat
Commission du rapport 601-602, 782
Commission permanente .....411 s.
Commission spéciale (affaires constitutionnelles) 476-482, 707-716, 728-739, 747-755
consultation .....*voir* avis du Conseil d'Etat
contrôle de légalité . 245-246, 511-513, 543-544
histoire 35, 196, 266-270
Section de l'intérieur ..... 289 s.
Section des finances 90-91, 281-284, 371-372
Section des travaux publics 557-558, 596-600, 629-631

Conseil de la République..... 447-450,

Conseil des ministres .....501 s.

Conseil des prises maritimes .....293 s.

Conseil économique (et social) 396, 592

Conseil supérieur de la magistrature .. 292, 299, 775

Constitution
conception formelle 99-103, 406-410, 420-421, 624-626
conception substantielle.....*voir* légitimité
constitution politique 353, 405-406
constitution sociale 353, 405-408
coutumière ..... *voir* coutume constitutionnelle
révision ..... *voir* révision de la constitution
supraconstitutionnalité... 353, 405-410, 416- 422
violation 334-337, 422-424, 485, 514

Constitution administrative .....259 s.

Constitution de 1791 .....26-30, 621-623

Constitution de 1793 ..... 217, 246, 658-659

Constitution de l'an III .... 180, 246, 252, 262, 621 s.

Constitution de l'an VIII ..... 258 s., 609 s.

Constitution de 1848 ..... 262, 271, 621-622

Constitution de 1852 ..... 34 s., 179 s., 260 s., 273 s.

Constitution de 1875 *voir* lois constitutionnelles de 1875

Constitution "Grévy" 288, 297

Constitution de 1946
article 3 ..... 222, 490
article 13 .....221 s., 235 s., 410 s., 472 s., 517 s.
article 38 .....296 s.
article 47 ..... 282 s., 303 s., 309 s., 339 s., 583 s.
article 72 ..... 236-237, 279 s., 630 s., 650 s.
article 90 ..... 177, 477, 519, 520

Constitution de 1958
article 5 391
article 13 ..... 724, 726
article 16 ..... 100, 379, 389 s. 711 s.
article 21 ..... 724, 783-784
article 34 ..... 587, 642, 730, 747, 787, 789
article 37……..609 s., 643-644, 668-677, 689 s., 724-725, 731 s., 751 s., 761-771, 777-799
article 38……48-49, 297-298, 459-461, 488-491, 494-495, 500-501, 507-509, 530-531, 640-641, 718 s., 727 s.
article 41 ..... 669 s., 730 s.
article 92 .....714 s.

Continuité de l'Etat .....350 s.
continuité des services publics .....362 s.

Contrat de législature .....525 s., 700-701, 717 s.

Contrat Social .....8, 21 s.

Contreseing.....296 s.

Contrôle de constitutionnalité . 244 s., 509 s., 633 s.
loi écran 475, 512, 635

Contrôle de légalité ..... *voir* Conseil d'Etat

Coordination des domaines de la loi et du règlement……...607 s., 718 s., 755 s.

Coup d'Etat ..... 108 s., 121 s., 184 s., 200 s., 211 s.

Cour de cassation 54, 102, 265, 278, 437, 475, 497, 503, 547, 553, 610-611, 627

Cours martiales..... 16, 97-98, 105, 393

Coutume constitutionnelle ..... 399 s.

Crédits additionnels..... 106, 371, 372, 373, 601

Crise
- économique ..... 112 s., 129 s.
- monétaire 115, 121
- sociale 133, 362, 378

Critère
- formel .....592 s.
- matériel .....607 s.
- organique 183, 195, 305, 585, 592, 611, 757

D

Décision exécutoire (M. Hauriou)..... 42-46, 356

Déclaration des droits de 1789 ..... 24 s., 621 s.
- valeur 622

Déclassement ..... 689 s., 753 s.

Déconstitutionnalisation..... 277, 458-459, 623

Décret ..... *voir* acte administratif unilatéral

Décrets d'avance .....*voir* crédits additionnels

Décrets-lois
- champ .....488 s.
- formes et procédures .....501 s.
- ratification ..... *voir* ratification
- usages historiques.... *voir* lois de pleins-pouvoirs

Déflation..... 116-119, 124, 129, 131

Délégalisation..... 458 s., 753 s., 768 s., 795 s.
- conditionnelle (M. Mignon) 459-460

Délégation
- de matières..... 174, 229, 456
- législative..... 440 s.

Délibération.....*voir* Parlement

Démocratie
- gouvernée / gouvernante (G. Burdeau) ..... 142 s.
- principe démocratique .....20 s.

Départements d'outre-mer..... 284
- Guadeloupe..... 274, 281, 560-561, 600
- Martinique 274, 281, 511, 600
- Réunion 274, 281, 394, 726, 810

Désuétude..... 699, 753, 810

Discours
- du droit / sur le droit 58, 59
- politique.....213 s.

Discrétionnalité ....431 s., 535 s., 575-576, 803-804

Doctrine universitaire
- républicaine hétérodoxe..... 645, 663, 676, 708
- républicaine orthodoxe 37, 248, 311, 387, 398, 415, 422, 429, 659

Domaines
- de la loi ..... *voir* matières législatives
- du règlement .....*voir* matières réglementaires
- variabilité des domaines 457, 481, 687, 736, 761

Droit colonial
- adaptation 273, 284
- assimilation..... 235
- extension..... 284
- régime des décrets ..... 236, 272 s., 283 s.
- spécialité législative..... 284

Droit de grâce 299, 372, 381

Droit naturel (*voir aussi* légitimité).....404 s.

Droit objectif 6, 568, 617

Droit positif 9 s., 26-29, 172-174, 228-231, 253-258, 276-277, 303-305, 310-323, 328 s., 332, 337, 342-354, 379-382, 398- 400, 414-424, 444-445, 566-569, 576-583, 618-620, 624-627

Droits acquis..... 618

Droits fondamentaux 526-529

Droits subjectifs ... 227 s., 442 s., 545, 615 s., 654 s.

E

Ecoles
- de Bordeaux.....7, 310, 401 s., 496, 663
- de Toulouse 416, 663
- de Vienne.....*voir* normativisme

Ecriture de la Constitution de 1958
- Groupe des experts ..... 705 s., 712 s.
- Conseil interministériel ..... 705 s. 717 s., 723
- Comité consultatif constitutionnel 699 s., 726 s., 752 s.
- Conseil d'Etat ..... 529, 591, 732, 736, 747 s.

Elections
- générales 123, 213
- locales 212

Empire
- Premier Empire..... 34, 180, 436
- Second Empire..... 36, 273, 279, 283-284, 683

Etat
- continuité ..... *voir* continuité de l'Etat
- fonctions ..... *voir* fonctions de l'Etat

Etat d'exception (*voir aussi* circonstances exceptionnelles)
- « évidente nécessité » 86, 216, 393, 711

Etat d'urgence 389, 601

Etat de droit 189, 617

Etat de la législation antérieure (théorie) .....773 s.

Etat de siège 79, 80-83, 109, 601

Etat légal..... 30, 199, 306, 453

Exception d'illégalité 17, 55, 794

Exécutif
bicéphalisme 180, 294, 302
conception rousseauiste .....21 s.
fonctions ..... *voir* fonctions de l'Etat
unité, continuité, contrainte 41, 42, 359, 387
définition organique 8, 50

Exécution des lois
analytique / synthétique (G. Vedel).....18, 337 s.
concept..... 304, 306, 308, 315-316
décision exécutoire ..... *voir* décision exécutoire
mission générale .....305 s., 319-321 340, 345
pouvoir légal 257, 279, 285, 325, 382, 454 s., 606
statique / dynamique...324 s., 327, 332, 338, 580
surveillance.....243 s.
visa.....*voir* visa

Expédition des affaires courantes..... 370, 373-374

F

Fait majoritaire .....148 s., 809-810

Fiction juridique 439, 743

Fonction (*voir aussi* fonctions de l'Etat)
concept..... 4, 304, 585

Fonctionnaire de fait..... 374

Fonctions juridiques de l'Etat
fonction administrative .....304 s.
fonction gouvernementale ...139 s., 380 s., 704 s.
fonction législative ..... *voir* législation

Fonctions politico-sociales de l'Etat
Etat-gendarme 14, 40
Etat-providence 14
interventionnisme 40, 114, 142, 162, 251, 255, 368, 384, 430, 505, 666, 807
libéralisme 40, 142, 162, 384, 609, 807

Force publique..... 21, 42, 326, 376, 628

Formalisation..... 182 s., 193 s., 777 s.

France Libre
Assemblée consultative provisoire .....*voir* Assemblée consultative provisoire
Comité français de libération nationale (CFLN) 160, 176, 194, 196, 197, 198, 199
Comité général d'études ..... 157 s.
Comité juridique..... 195 s.
Comité temporaire du contentieux 269-270
Gouvernement provisoire 190

Front populaire 126-127, 143, 154, 161

G

Gaullisme .....518 s., 697 s., 725 s.

Gouvernement ..... *voir* Exécutif

Gouvernement provisoire de la République française (à partir du 2 novembre 1945) 205, 209

Grèves..... 47, 362 s., 375 s.

Guerres
Algérie .....*voir* Algérie
Première guerre mondiale..... 44-45, 78 s.
Seconde guerre mondiale .....166 s.

H

Habilitation..... 328, 580, 581, 583, 584
concept..... 324, 433, 455
loi d'habilitation .....*voir* lois d'habilitation
normes d'habilitation 227, 251, 316-317, 430, 540, 581, 593

Hantises républicaines (C. Nicolet) 24 s., 185 s., 680 s., 730 s.

Hétéronomie ..... 20 s., 650 s.

Hiérarchie (principe de)
compatibilité ..... 543-544, 580 s., 785
complémentarité ..... *voir* pouvoir réglementaire
conformité.....573, 582 s., 785
habilitation.....*voir* habilitation
prévalence..... 181, 240, 434, 533, 581, 748

I

Idée républicaine .....24 s.
individualisme 187, 354, 375, 614
légicentrisme..... 24 s.
principes de 1789..... *voir* principes de 1789
souveraineté parlementaire 28, 34, 46-47, 94, 122, 166, 200, 203, 205, 216, 225, 230, 303, 316, 323, 332, 354, 433, 440, 468, 482, 487, 530, 536, 538, 552, 687, 722, 739, 741, 743, 745, 751, 801

Imperium .....*voir* souveraineté

Imprévision (théorie de l')..... 559

Incompétence .. 175 s., 511, 589, 633 s., 651, 794 s.

Incompétence négative... 285, 470, 511, 627, 633 s.

Inconstitutionnalité..... *voir* Constitution

Indisponibilité des compétences 122, 174, 227-228, 440 s., 462, 489, 641, 717

Innovations indispensables pour l'application de la loi (théorie des)..... 546, 549, 557

Institution ..... *voir* théorie de l'institution

Instrumentum..... *voir* acte

Interprétation
compréhensive 737, 772-773, 776-777
conforme.....276 s. 474, 485 s. 514, 762 s. 775
constructive..... 599, 715
finaliste 314, 318
fonctionnelle 294, 761, 773
génétique..... 258

neutralisante..... 475, 514, 689
restrictive.....83, 261, 290 s., 297, 329, 773, 774

Investiture..... 292, 340, 374, 384, 396, 436, 519

Irrecevabilité
du recours contentieux.....511, 716, 792 s.
financière..... 526, 676, 683
législative..... 669 s., 752 s.

J

Juge administratif .....634 s., 554 s., 792 s.

Jusnaturalisme ..... *voir* droit naturel

Justice constitutionnelle .....
..... *voir* contrôle de constitutionnalité

L

Lacune constitutionnelle 74-75, 250-251

Latitude normative ..... *voir* discrétionnalité

Légalité (principe de)
conditions (*infra legem*, *secundum legem*) 18, 30, 43, 393, 439, 453, 454, 792
pouvoir légal. 257, 279, 305, 325, 382, 455, 606

Légicentrisme.....*voir* idée républicaine

Législation
concept.....5 s.
primaire 55, 147, 153, 157, 162, 180-181, 195, 230-231, 255, 268, 271, 276, 389, 615, 786, 788
secondaire 19, 27, 35, 38, 42, 65, 70, 156, 195, 198, 240 s., 270, 333, 533 s., 786, 788

Législation en commissions 160, 238, 243, 810

Législation gouvernementale .....
.....*voir* pouvoir réglementaire

Légitimité
concept.....25, 190-191, 261
droit commun de la République 353, 408
justes lois de la République 190, 192, 353
lois fondamentales.....406 s., 624
légitimité légale-rationnelle 48, 392, 398-399, 405, 424, 425, 429, 439, 467, 468, 470, 485, 486, 714
légitimité substantielle.... 199, 404-405, 409, 415

Libertés publiques .....*voir* droits fondamentaux

Loi
conception matérielle 616-617, 641, 655
conception organico-formelle.....25 s.
conception rousseauiste.....20 s.
domaine ..... *voir* matières législatives
entrée en vigueur .....550 s.
exécution ..... *voir* exécution des lois
force formelle (*voir aussi* Parlement).....791 s.
réserve de loi ..... *voir* réserve de loi
supériorité.....*voir* Parlement
suspension de la loi (par décret)..... 91 s.

Loi constitutionnelle du 2 novembre 1945.....200 s.

Loi constitutionnelle du 25 février 1875
article 1er 276, 490
article 3 ..... 87 s., 257 s., 303 s., 324 s.
article 8 ..... 169, 173-174, 186, 270

Loi organique .....749 s.

Lois d'habilitation
champ ..... 488 s.
constitutionnalité .....467 s.,
contrôle.....509 s.
spécialité.....488 s.

Lois de pleins-pouvoirs et de pouvoirs-spéciaux
projet Briand (15 décembre 1916).....107 s.
loi du 10 février 1918 (G. Clemenceau)..... 110
loi du 22 mars 1924 (R. Poincaré)..... 123 s.
loi du 3 août 1926 (R. Poincaré).... 123 s., 128 s.
loi du 28 février 1934 (G. Doumergue).....124 s.
loi du 8 juin 1935 (P. Laval)..... 125, 128, 135
loi du 30 juin 1937 (C. Chautemps) 127-128
loi du 13 avril 1938 (E. Daladier)..... 127-128
loi du 11 juillet 1938 (état de guerre) .....110 s.
loi du 5 octobre 1938 (E. Daladier)..... 127-128
loi du 19 mars 1939 (E. Daladier) .. 127-128, 493
loi du 8 décembre 1939 (E. Daladier) 128
loi du 10 juillet 1940 (P. Pétain).....168 s.
loi du 17 août 1948 (A. Marie) (*voir aussi* matières réglementaires).....410 s.
loi du 11 juillet 1953 (J. Laniel) .....490 s.
loi du 14 août 1954 (P. Mendès France).....490 s.
loi du 2 avril 1955 (Edgar Faure) .....490 s.
loi du 16 mars 1956 (G. Mollet) (*voir aussi* Algérie - guerre) .....490 s.
loi du 3 juin 1958 (C. de Gaulle).... 490 s., 759 s.

Lois-cadres 126, 239, 747-748
loi du 23 juin 1956 (loi-cadre Defferre) 500, 508, 592, 760, 763

M

Matières législatives..... 619 s.

Matières réglementaires .....653 s.

Monarchie limitée .....644 s.

Moyens d'annulation
appréciation des faits 540, 564
détournement de pouvoir..... 364-365, 540, 794
erreur de droit (*voir aussi* base légale) 540
exactitude matérielle des faits 540
incompétence..... *voir* incompétence (négative)
vice de forme 464, 589
vice de procédure..... 598
violation de la règle de droit..... 793, 794

MRP .....213 s., 218 s., 518 s.

Mythe ..... 28 s., 743 s.

N

Nécessité
aléthique (*voir aussi* droit naturel, légitimité) 377-379, 308 s., 415-416
pratique 317-318, 546, 787

Negotium ..... acte

Normativisme ..... 565 s.

O

Opération normatrice..... *voir* habilitation

Ordonnance du 31 juillet 1945 .....266 s.

Ordonnances
de Charles X 2, 33, 109, 122, 212, 610
de la France Libre……13, 16, 19, 67, 166, 192, 193-195, 197, 199, 205, 211, 214-215, 220, 250, 613
de l'amiral d'Argenlieu . 275, 279, 280, 281, 302
de la loi du 3 juin 1958 ..... 500, 509, 761
de l'article 38.....55-56, 333, 439, 488, 491, 501, 509, 530-531, 601, 603, 723, 756, 793, 811
de l'article 92……47, 509, 562, 563, 714 s., 756, 763-766, 774-776, 782, 784, 799
Rechtsverordnungen 616, 641, 644, 654, 655
ordonnances référendaires 16

Ordre juridique .....*voir* système juridique

Ordre juridique relais 756, 764, 765, 790

Ordre public..... *voir* police

P

Parlement
délibération 31, 38, 40-41, 117, 119, 122-123, 187, 199, 281, 357, 359, 504, 614, 618-619
identification au souverain 21, 29-30, 173, 222, 224, 446, 469, 489, 637
représentation 141, 145, 215, 216, 271, 378, 392, 446, 497

Parlementarisme absolu (R. Carré de Malberg) 268, 361, 374, 399-400, 404, 510, 609, 613, 639, 657, 742-743

Parlementarisme rationalisé .....
..... *voir* rationalisation du parlementarisme

Parrallélisme des procédures.....595 s.

Parti communiste……16, 97, 111, 120, 128, 143, 162, 170, 187-188, 204, 211, 213, 217-219, 223, 224, 226, 227, 231, 242, 378, 436, 519

Parti radical .....121 s., 124 s., 217-219

Plan quinquennal.....394-395

Police..... 350-359, 656- 668

Positivisme juridique..... *voir* droit positif

Pouvoir .....*voir* souveraineté

Pouvoir discrétionnaire ..... *voir* discrétionnalité

Pouvoir d'Etat 294, 425

Pouvoir exécutif ..... *voir* Exécutif

Pouvoir hiérarchique ..... *voir* pouvoir instructionnel

Pouvoir instructionnel……6, 10, 263, 320-321, 335, 661

Pouvoir législatif .....*voir* Parlement

Pouvoir personnel..... 31 s., 185 s., 212 s., 731 s.

Pouvoir propre..... 294, 298, 750

Pouvoir réglementaire
autonome 230 s., 333 s., 337 s., 643 s., 660 s., 718 s., 758 s., 777 s., 791 s.
colonial (*voir aussi Sénatus-consulte* de 1854) .....234 s., 272 s., 649 s.
complémentaire ..... 533 s., 783 s.
d'organisation des services publics .....660 s.
de police..... 342 s., 660, 663, 666
dérivé ..... *voir* complémentaire
obligation d'exercice 549, 550, 557, 560, 563
sources ..... 73 s., 255 s., 724
supplétif ..... 342 s., 378-379, 422-423
titulaires .....243 s., 287 s., 725 s.

Pouvoirs exceptionnels..... 86 s., 362 s.

Pouvoirs implicites .....316 s., 546

Préambule..... 526, 528, 624, 626, 627

Préférence de loi (O. Mayer)..... 633 s., 651 s.

Premier ministre ..... 723 s., 782 s.

Président de la République
IIIe République..... 80 s., 342 s.
IVe République..... 243 s., 287 s.
Ve République .....699 s., 712 s., 725 s.

Président du conseil .....243 s., 287 s., 527 s.

Principe représentatif.....*voir* Parlement

Principes de 1789 ..... 28 s.

Principes et règles (art. 34).....747 s.

Principes généraux du droit…….175, 281, 372, 373, 404, 408-409, 458-459, 461, 464, 467, 471, 489, 51, 624, 625, 629, 670, 690, 715, 773, 774, 794

Promulgation 372-373

Propriété privée 631

Publication..... 64, 526

R

Rassemblement du peuple français 67, 518

Ratification
conversion..... 105, 463, 517, 671
délais..... 466
validation 104-105, 196, 463, 481, 516, 584

Rationalisation du parlementarisme….138 s., 156 s., 607 s., 638 s., 703 s.

Recours pour excès de pouvoir…15-16, 35-37, 443-444, 448-449, 586-587, 792-793

Réforme de l'Etat .....129 s., 674 s., 692 s.

Réformisme constitutionnel .....138 s., 517 s., 721 s.

Régime parlementaire ... *voir* système parlementaire

Règlement
loi matérielle (L. Duguit)..... 5
mutabilité..... 539, 560, 594, 656
subordination .....34 s., 305 s., 324 s.

Règlements
arrêts de règlement 26, 358
d'administration publique 34 s., 440 s., 534 s., 586 s., 785 s.
de nécessité.....86 s.

Représentation.....*voir* Parlement

Républicains
conservateurs 34, 46, 140, 184, 387
radicaux .....25 et s., 34 et s.

République .....
voir idée républicaine, lois constitutionnelles de 1875, Const. de 1946 et de 1958

Réquisitions..... 80-81, 105-107, 364-365, 367-370

Réserve de loi (O. Mayer).....614 s.

Réserve réglementaire.....653 s.

Résistance.... 150, 157, 165, 217, 219-220, 251, 504
projets constitutionnels.....155 s.

Responsabilité ministérielle .....148 s.

Restauration.....185 s. 607 s., 738 s.

Rétablissement de la légalité républicaine…..12, 16, 67, 157, 166, 167, 192, 214

Rétroactivité 99, 281, 462, 463, 464, 643

Révision de la constitution..... 151 s., 169 s., 517 s.

Révisionnisme constitutionnel .....*voir* réformisme

Révolution
concept..... 3, 702, 808
juridique..... 3, 702, 808
« révolution de 1958 »... 1, 3, 638, 699, 782, 807

Révolution française.....25 s.

Royaume-Uni……80-81, 84, 104, 107, 114, 148, 150, 152, 524, 569, 710

S

Salut public..... 86 s., 350 s., 398 s., 416 s.

Secrétariat général du Gouvernement .....
..... 55, 116, 411, 502

Sénat……45-47, 97-98, 111-112, 122-127, 169-172, 273-274, 465-466

Sénatus-consulte du 3 mai 1854 (*voir aussi* droit colonial).....234 s., 272 s., 649 s.

Séparation des pouvoirs .....
équilibre des pouvoirs..... 645, 709
spécialisation fonctionnelle ..... 28 s., 238 s., 503

Service public
continuité du ..... *voir* continuité de l'Etat
crise du..... 310
école du..... *voir* Ecole de Bordeaux
solidarité sociale .....400 s.

Session parlementaire..... 96-98, 719 s.

SFIO ..... 121 s., 124 s., 125 s., 218 s., 522 s., 692 s.

Signature……170, 181, 184, 186, 194, 244, 247, 288, 289, 290, 555, 603, 726

Sources du droit
formelles……73 s., 398-399, 424, 425, 427, 429, 430, 467-470, 570-572
matérielles……73 s., 255, 258, 349, 353, 398-415, 427-430, 624-627

Souveraineté
nationale……23, 173, 191, 193, 200, 213, 216, 217, 222, 228, 230, 231, 354, 443, 446, 485, 487, 488, 489, 490, 569, 578, 741
parlementaire .....*voir* Parlement
volonté générale..... *voir* volonté générale

Standard..... 151, 486, 488, 507

Stufentheorie.....*voir* normativisme

Substitution de base légale 599, 672, 695, 761

Supérieur hiérarchique 6, 370, 409, 661

Surveillance..... *voir* exécution des lois

Système juridique.....570 s.

Système parlementaire ..... 139 s., 709 s.

T

Technocratie .....114 s., 116 s., 705 s.

Territoires d'outre-mer……234-235, 236-237, 283-285, 292-293

Théorie de l'institution .....351 s.

Tradition (pratiques héritées du passé)
technique d'interprétation.....260 s.
républicaine ..... 479 s., 622 s.

Traditions (modèles de gouvernement)
conventionnelle..... 25 s., 200 s.
parlementaire ..... 139 s., 709 s.
césarienne ..... 31 s., 185 s., 201 s., 211 s.

Transition constitutionnelle……47-48, 172-173, 175-176, 193-194, 205-206, 208, 212, 215, 266, 276-277, 279-280, 370-371, 714-716, 755-758, 763-764

Tribunal des conflits..... 7, 102, 547, 627

U

Union française 235-237, 279-285, 299-302
Assemblée de l'Union française.... 235, 283, 285
DOM-TOM .....
... *voir* départements et territoires d'outre-mer
loi-cadre Defferre .....*voir* lois-cadres
régime législatif..... 283, 529, 622, 650
régime législatif (*voir aussi*, article 72 de la Constitution de 1946)……234, 282, 283, 285, 286, 390, 651

Union nationale 11, 125, 502

Union sacrée (1914) 79, 84, 101, 103

V

Validation ..... *voir* ratification

Validité (*voir aussi* normativisme)..... 571 s., 577 s.

Vichy (régime de).....167 s.

Vide juridique.....*voir* lacune constitutionnelle

Visa..... 87 s., 342 s.

Volonté générale .....20 s.

W

Weimar (République de)…….123, 152, 153, 445, 460, 469, 512, 616, 636, 641, 714

INDEX DES NOMS

(les numéros renvoient aux pages)
- les références les plus pertinentes apparaissent en caractères gras -

A

ANDRIEUX (André) 208, 209, 281, 294, 414, 506, 596, 684, 686, 692
ARGENLIEU (Thierry d') 275, 279, 280, 281, 302
ASTIER (Marcel) 171
AUBY (Jean-Marie) 533, 546, 554, 556, 559, 560, 561
AULARD (Alphonse) 29
AURIOL (Vincent) 116, 118, 124, 212, 213, 215, 219, 222, 288, 294, **296-301**, 413, 437, 705, 726

B

BARDOUX (Jacques) 197, 234
BARJOT (Alain)..... 770, 774, 799
BARNI (Jules)..... 28, 32
BARRACHIN (Edmond) 710
BARTHELEMY (Joseph) 46, 79, 82, 83, 85, **97**, 100, 101, 103, 109, 144, 148, 182, 418, 542, 554, **645**, 646
BASTID (Paul) 157, 170, 191, 207, 212, 213, 224, 226, 247, 248, 249
BATAILLER (Francine)..... 266, 321, 452, 757
BERTHELEMY (Henry) **29**, 30, 36, **37**, 62, 226, 227, 360, 422, 433, **442, 443**, 445, 468, 475, 495, 589, 620, 626, 663
BERTRAND (Louis) 360, 392, 667, 701, 706, 708, 709, 718, 740, 741, 742, 784
BIDAULT (Georges) 436
BLONDEL (Charles) 300, 733, 737
BLUM (Léon) 112, 116, 118, 120, 123, **126, 127,** 137, **148, 149,** 213, 215, 219, 240, 413, 417, 435, 436, 543, 679
BOIVIN-CHAMPEAUX (Jean) 169, 171
BONAPARTE (Louis-Napoléon) 28, 123, 179, 207, 213, 273, 504, 612
BONAPARTE (Napoléon) 28, 29, 32, 35, 54, 108, 123, 179, 267, 296, 504, 569, 610
BONNARD (Roger) 130, 136, 178, 183, 197, 203, 401, 456, 457, 471, 478, 479, 503, 540, 544, 545, 567, 576, 577, 779
BOUFFANDEAU (Tony) 269
BOUISSON (Fernand)..... 502
BOURGES-MAUNOURY (Maurice) 492, 500
BRAIBANT (Guy) 88, 91, 344, 541, 559, 560, 561, 629, 635, 795
BRASART (Charles) 779
BRIAND (Aristide) 86, 104, **107, 108, 109,** 115, 117, 121, 123, 207, 363, 365, 437, 492, 497, 501, 683, 809
BURDEAU (Georges) 49, **140-145**, 147, **162,** 176, 190, 194, 202, 203, 218, 222, 249, 250, 294, 347, 349, 352, 353, 354, 382, **384, 385, 386**, 389, 392, 397, 421, 422, 425, 446, 471, 474, 478, 566, **567, 568, 569**, 625, 708, **731**, 735, 736
BURNAY (Jean)..... 733, 739, 749

C

CAILLAUX (Joseph) 115, 118, 123, 492, 497
CANET (Louis) 296, 297, 299, 300, 302
CAPITANT (René) 23, 51, 113, 129, **139,** 145, 146, 147, 148, 149, 152, 162, 176, 180, 201, **202,** 204, 211, 218, 222, **225, 226**, 229, 230, 231, 232, 239, 249, 258, 265, 309, **313-316**, 320, 321, 323, 337, **339, 340, 341,** 345, 346, 381, 382, 414, 436, 438, 447, 467, 471, 472, 473, 474, 478, 481, 484, 497, **566-569**, 625, 644, 649, 651, 663, 735, 738, 745, 758, 791, 796
CARRE DE MALBERG (Raymond) 5, 6, 18, 29, 30, 37, 38, 43, 50, 99, 105, 109, 173, 216, 248, 252, 257, 258, 262, 265, 278, 285, 303, **305-309**, 310, 311, 313, 315, 316, 319, 320, 323, **324-337**, 338, 340, 341, 342, 343, 346, 352, 353, 361, 381, 386, 389, 391, 393, 394, 405, **418,** 420, 431, 433, 435, 438, 441, 446, 453, 454, 455, 456, 457, **458, 460**, 462, 463, 464, 467, 468, **469, 470, 471**, 473, 474, 475, 478, 483, 484, 488, 489, 490, **491**, 496, 497, 499, 512, 531, 537, 539, 543, 544, 553, **565, 567, 568**, 572, 576, **578, 579**, 581, 588, 617, **618**, 619, 623, 625, 626, 630, 633, 636, 637, 638, 639, 641, 644, **648**, 649, 659, 661, 663, 731, 741, 742, **743, 744, 745**, 790, 792, 799
CASSIN (René) 67, **185,** 186, **191, 192**, 193, 196, 204, **208, 209**, 266, 269, **271**, 281, 299, 300, 344, **353**, 371, **372, 373**, 408, 416, **419**, 476, 485, 513, 529, 613, 624, 687, 694, 700, 712, **713**, 714, 726, 728, 729, 730, 732, **733,** 737, 739, 746, 749, 750, 751, 758, 762, 765, 768, 769, 770, 772, 775, 777, 779, 780, 797
CHANDERNAGOR (André) 68, 522, 706, 720, 721, 722, 726
CHAPUS (René) 143, 423, 437, 460, 462, 484, 535, 540, 591, 603, 688, 735, 792, 796, 810
CHARDON (Henri)..... 51, 114
CHARLES X 33, 610
CHASSERAT (Pierre) 528, 637, 682, 684, 685, 686, 688, 770, 774, 775, 791
CHAUTEMPS (Camille) 120, 127, 128, 132, 417, 436, 494
CLEMENCEAU (Georges)..... 128, 444, 497
COGNIOT (Georges) 204, 207, 213
COMBARNOUS (Michel)..... 499, 601, 602, 629
COPEAU (Pascal)..... 176, 224
CORNEILLE (Louis)..... 18, 83, 94, 322, 361
COSTE-FLORET (Paul) 33, 177, 196, 222, 224, 226, 228, 235, 236, 242, 244, 245, 247, 248, 287, 476, 477, 521, 712, 728, 729, 732
COT (Pierre) 1, 177, 203, 218, 224, 226, 229, 230, 233, 236, 239, **240-243**, 245, 247, 249, 287
COTELLE (Emile)..... 91, 94

D

DALADIER (Edouard) 111, 118, 120, 127, 128, 132, 170, 225, 417, 436, 447, 492, 494
DEBRE (Michel) 2, 53, 155, **157, 158, 159**, 197, 230, 269, 394, 513, 518, 523, 528, 530, 638, 701, **705, 706**, 709, 712, 714, 715, **719-723**, 731, 745, 753, 754, 793, 809
DEFFERRE (Gaston) 500, 508, 592, 760, 763
DEFOS DU RAU (Joseph) 519, 520
DEJEAN (René) 1, 177, 710, 728, 729, 738, 754
DELONCLE (Jean-Louis) 91
DELVOLVE (Jean)..... 374, 456, 471
DESCHAMPS (André) 529, 591, 732, 736, 747, 748, 749, 756
DONNEDIEU DE VABRES (Jacques) 467, 474, 478
DOUMERGUE (Gaston) 119, 124, **125**, 128, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 138, 150, 203, 466, 475, 502, 504, 511
DUCLOS (Jaques) 204
DUCOUX (Jacques)..... 779, 781
DUGUIT (Léon) **5, 6**, 35, 47, 62, 79, 84, 95, **99-102**, 144, 227, 252, **260,** 261, 263, 265, 335, 342, 343, 353, 374, **399-403**, 445, 454, 471, 496, 512, 534, 537, 538, 543, 545, 552, 555, 564, **566-568**, 617, 623, 626, 627, 640, 659, 663, 731, **741-743**
DUVERGER (Maurice) 33, 265, 472, 474, 524, 569, 711, 735

E

EISENMANN (Charles) 6, 7, 8, 14, 43, 96, 304, 319, 323, 324, 328, 332, 380, 400, 431, 432, 448, 475, 511, 540, 541, 543, 566, 567, 568, 569, **575**, 577, 578, **580-583**, 785, 795
ESMEIN (Adhémar) **28, 29, 37, 38**, 62, 74, 109, 122, 226, 227, 262, 264, 265, **442, 443**, 445, 475, 495, 537, 620, 623, 663
ETTORI (Charles) 308, 309, 360, 538, 547, 548, 549

F

FAURE (Edgar)..... 9, 435, 491, 494, 499, 520, 761
FAVOREU (Louis) 49, 53, 69, 345, 439,684, 752, 774, 799, 810
FLANDIN (Pierre-Etienne)..... 97, 98, 417, 435, 502

G

GAILLARD (Félix)..... 492, 500, 525
GARDEY (Abel) 127, 466
GAULLE (Charles de) 1, 2, 16, 24, 34, 53, 67, 149, 156, 158, 159, 160, 161, 168, 176, 185, **190-194**, 201, 206, 207, 208, 209, 211, **212-216**, 220, 232, 280, 391, 416, 419, 435, 486, 492, 494, 500, 509, 513, 517, 518, 700, 701, 704, 705, **712-714**, 720, 755, 760, 763, 766, 801, 809
GAZIER (François)..... 378, 379, 392, 423, 558, 662
GILBERT-JULES (Jean)..... 728, 737
GIRAUD (Emile) 113, 151, 153, 154, 155, 156, 225, 347, 535, 538, 541, 545
GIRAUD (Henri)..... 194
GIRAUDOUX (Jean-Pierre) 232, 233
GOUIN (Félix)..... 205, 209, 269, 522
GREVISSE (Fernand) 499, 629, 691, 760
GREVY (Jules)..... 288, 297, 373
GULDNER (Erwin)..... 528, 720, 722

H

HAMON (Léo) 1, 19, 179, 200, 215, 439, 445, 459, 589, 613, 747, 795
HAURIOU (André)..... 160, 207, 217, 576
HAURIOU (Maurice) 7, 15, 18, **41, 42**, 46, 62, 77, 78, 83, **87, 88**, 91, 99, 102, 104, 147, 174, 179, 226, 261, 265, 281, 309, 310, 312, 315, 336, 342, 343, 347, 349, **350-364**, 369, 374, **375**, 376, 377, **382, 383**, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 394, 397, 399, 402, **404-408**, 421, 423, 443, 446, **456**, 471, 496, 533, 537, 543, 554, 567, 568, 586, 592, **617, 618**, 624, 626, 627, 630, **645-647**, 654, **656, 657**, 660, 663, 667, 708, 745, 790
HEBRARD DE VILLENEUVE (Henry)..... 91
HEILBRONNER (André) 136, 688, 738, 787, 797
HELBRONNER (Jacques)..... 364, 365
HERRIOT (Edouard) 49, 53, 115, 121, 122, 123, 125, 127, 172, 178, 218, 417, 437, 498, 502, 503
HO CHI MINH 280
HOBBES (Thomas) 41
HOURTICQ (Jean)..... 293, 716

J

JACQUIER (Paul) 466, 493, 498
JACQUINOT (Louis)..... 720, 721, 722, 726
JANOT (Raymond) 1, 17, 176, 213, 294, 301, 526, 701, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 712, 713, 714, 715, 719, 720, 723, 728, 729, 733, 736, 740, 745, 747, 748, 752, 770, 773, 774, 775, 781, 782, 785, 789, 790, 794
JEANNENEY (Jules) 111, 156, 157, 172, 179
JEZE (Gaston) 15, 16, 18, 78, 80, 83, 94, 99, 102, 143, 152, 226, 227, 336, 362, 364, 374, 376, 389, 406, 442, 443, 445, 462, 471, 623, 625, 628, 659, 663
JOFFRE (Joseph)..... 97
JOIN-LAMBERT (Pierre) 687, 780, 782
JOSSE (Pierre) 174, 515, 716, 756, 780, 797
JULLIOT DE LA MORANDIERE (Léon) 1, 296, 733, 739, 750, 751

K

KAHN (Jean) 629, 634, 783, 786
KELSEN (Hans) 50, 324, 432, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 583, 762

L

LABAND (Paul) 615, 616, 628, 641, 652, 654, 655, 656, 661
LABOULAYE (Edouard de)..... 34
LACHARRIERE (René de) 135, 197
LACHAUME (Jean-François)..... 591, 592, 593
LACOSTE (Robert)..... 157

LAFERRIERE (Edouard) 13, 35, 36, 266, 275, 421, 448, 450
LAFERRIERE (Julien) 179, 181, 245, 261, 265, 472, 478, 524
LAGRANGE (Maurice)..... 289, 295, 390, 411, 555
LAMPUE (Pierre)..... 478, 622, 649, 651
LANIEL (Joseph) 417, 435, 486, 491, 492, 494, 499, 505, 506, 520, 523, 635, 671
LAROQUE (Pierre) 143, 467, 506, 514, 515, 529, 601, 694, 790, 796
LATOURNERIE (Roger) 1, 16, 296, **390, 391**, 475, 511, 528, 529, 530, 631, 683, 686, 708, 730, 733, 736, 748, 749, 750, 751, 754, 758, 763, 770, 771, 773, 774, 776, 778, 785, 788, 789, 790, 793, 795, 798
LAUBADERE (André de) 16, 165, 220, 221, 249, 252, 265, 445, 447, 468, 472, 474, 478, 523, 542, 543, 569, 575, 623, 626, 629, 663
LAVAL (Pierre) 108, 119, 120, **124, 125**, 128, 132, 136, 159, **170, 172**, 180, 182, **185, 186, 188**, 202, 204, 291, 447, 466, 492, 494, 502, 503, 629, 634
LEBRUN (Albert)..... 111, 168, 175, 186, 713, 714
LETOURNEUR (Maxime)..... 1, 290, 736, 737
LIET-VEAUX (Georges) 16, 225, 265, 378, 445, 449, 465, 472, 478
LOCKE (John) 41, 227, 228, 404, 407, 609, 722
LONG (Marceau)..... 88, 91, 344, 448, 541, 599
LOUIS XVIII 33
LOUIS-PHILIPPE Ier 28, 34, 610
LUCHAIRE (François) 715, 720, 721, 722, 725, 726, 800
LYON (Camille)..... 90, 91

M

MACAREL (Louis-Antoine)..... 37, 441
MALEVILLE (Georges) 450, 451, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 498, 513, 527, 528, 598, 600, 681, 682, 683, 691
MARCILHACY (Pierre) 702, 703, 729, 730, 732
MARGUERIE (René) 90, 93
MARIE (André) 211, 225, 299, 404, 410, 413, 414, 486, 658, 666, 669
MARTIN (Marcel)..... 2, 701, 733, 740
MARTIN (René)..... 776
MASPETIOL (Roland) 203, 527, 528, 529, 699, 758, 762, 763, 764, 766, 770, 771, 778, 786, 797
MAYER (Daniel) 413
MAYER (Otto)..... 607, 617, 633, 645
MAYER (René)..... 477, 519, 677
MENDES FRANCE (Pierre) 13, 155, 417, 435, 436, 485, 520, 523, 635, 701, 721, 761
MENTHON (François de)157, 176, 220, 226, 242, 269
MICHEL (Georges)297, 685, 694, 745, 658, 768, 769
MICHOUD (Léon) 539, 540, 545
MILLERAND (Alexandre)..... 150
MIRKINE-GUETZEVITCH (Boris) 146, 148, 151, 156, 436
MISTLER (Jean)..... 171
MOCH (Jules)..... 160, 161, 219
MOLLET (Guy) 68, 224, 242, 244, 435, 492, 494, 499, 515, 522, 678, 689, 692, 693, 695, 696, 706, 715, 720, 721, 722, 726
MONNET (Jean)..... 395, 396, 397
MONTESQUIEU 408, 550, 572, 609, 709
MOREAU (Félix) 28, 47, 75, 252, 264, 265, 318, 319, 349, 360, 393, 398, 455, 534, 541, 542, 549, 551, 552, 555, 586, 588, 645, 646, 659, 663
MOÜY (Henri de)..... 94

N

NICOLET (Claude) 24, 53, 108, 119, 122, 159, 166, 168, 178, 180, 185, 186, 193, 200, 217, 250, 267, 302, 353, 381, 436, 472

O

ODENT (Raymond) 371, 449, 457, 553, 587
OLLIVIER (Emile)..... 34, 277
OUDINOT (Marcel)..... 451

P

PARODI (Alexandre) 157
PAUL-BONCOUR (Joseph) 121, 122, 504
PETAIN (Philippe) 12, 16, 19, 137, 155, 159, 166, 167, 168, 169, 170, **172-178**, 181, 182, **184, 185, 186, 187**, 191, 204, 212, 220, 250, 268, 490, 596
PETIT (Guy) 521, 637, 673, 674, 677, 678, 679, 680, 684, 685, 686, 688, 689, 692, 695, 696, 710, 736, 745
PFLIMLIN (Pierre) 517, 521, 523, 524, 525, 527, 529, 640, 681, 700, 706, 720, 721, 722, 726
PHILIP (André) 160, 184, 202, 203, 219, 226, 237, 241, 269, 287, 395
PINAY (Antoine) 476, 673, 674, 677, 679, 680, 681, 683, 689, 696, 733, 751
PINTO (Roger) 229, 265, 474, 478, 543, 569, 663, 809
POINCARE (Raymond) 16, 33, 44, 66, 78, 115, 118, 119, **120-124**, 128, 129, 130, 131, 207, 417, 437, 456, 465, 475, 479, 492, 496, 501, 502, 503, 504, 512, 683, 713, 808
POMPIDOU (Georges)..... 176, 705
PORCHE (Alfred)..... 182
PORTALIS (Jean-Etienne-Marie)..... 26, 140, 609
PRELOT (Marcel)..... 472, 519, 520, 524, 569
PUGET (Henry) 182, 271, 280, 281, 282, 284, 286, 296, 299, 302, 371, 372, 513, 514, 515, 637, 650, 681, 682, 694, 788, 789, 791, 796

Q

QUERMONNE (Jean-Louis-..... 478, 592
QUERRIEN (Max)..... 506, 596
QUESTIAUX (Nicole)..... 560, 562, 563

R

RACINE (Pierre) 40
RAMADIER (Paul) 224, 228, 235, 236, 247, 288, 299, 300, 301, 466, 513, 700, 739, 751

REGLADE (Marc) 401
REINACH (Julien) 296, 797
RENAUDIN (Philippe) 226, 389, 445, 515, 600, 682, 683, 703, 733, 736, 749, 751
REYNAUD (Paul)..... 176, 225, 410, 520, 712, 729
RIPERT (Georges) 143, 184, 223, 230, 549
RIVERO (Jean) 3, 53, 129, 131, 132, 359, 379, 396, 408, 409, 468, 569, 730, 759, 776, 791, 807
ROEDERER (Pierre-Louis) 41, 611
ROLLAND (Louis) 100, 101, 109, 110, 143, 196, 226, 269, 270, 361, 363, 366, 367, 369, 375, 389, 419, 445, 463, 468, 471, 478, 496, 622, 623, 626, 640
ROMIEU (Jean) **91, 92**, 336, 370, 547, 552, 627, 628, 642, **647, 648**, 659, **660, 661**, 675, 681, 687, 705
ROUSSEAU (Jean-Jacques) 8, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 30, 32, 74, 143, 227, 259, 263, 265, 303, 306, 346, 420, 441, 572, 579, 743

S

SAINT-PAUL (Georges)..... 85, 89, 90, 92, 93
SCHMITT (Carl)..... 423
SCHUMAN (Robert)..... 378, 413, 772
SEGALAT (André) 300
SELIGMAN (Pierre)..... 739
SIEYES..... 227, 228
SOLAL-CELIGNY (Jérôme) 2, 17, 360, 392, 522, 531, 547, 667, 701, 706, 708, 709, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 723, 726, 727, 733, 740, 750, 751, 752, 784
SOTO (Jean de) 730, 739
SOUBEYROL (Jacques) 229

T

TARDIEU (André) 138, 150
TARDIEU (Jacques) 15, 99, 226, 364, 406, 443, 586, 587, 588, 620, 642
TARDIT (Michel)..... 90
TEITGEN (Henri) 266
TEITGEN (Pierre-Henri) 157, 710, 728, 729, 740
TISSIER (Pierre) 196, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294
TISSIER (Théodore) 503, 266, 291
TIXIER-VIGNANCOUR (Jean-Louis) 177
TRICOT (Bernard) 558, 629, 662, 726

V

VACHEROT (Etienne) 34
VARAGNAC (Emile) 91
VEDEL (Georges) 87, 88, 91, 93, 176, 258, **309-314**, 316, 320, 321, 322, 323, **337-346**, 374, 379, 472, 473, 478, 497, 524, 568, 569, 587, 626, 663, 800
VIOLLETTE (Maurice)..... 109, 121, 497
VIVIANI (René) 45, 79
VIVIEN (Alexandre-François)..... 267, 536

W

WAHL (Nicolas)..... 638
WALINE (Marcel) 1, 129, 259, 267, 290, 316, 358, 374, 378, 379, 399, **420-424**, 471, 472, 478, 484, 518, 524, **542-545**, 553, 555, 558, 560, **567**, 569, 576, 630, 662, 663, 700, 713, **732, 739**, 759, 784, 785, 790, 791, 794
WEIL (Prosper) 88, 91, 344, 541

INDEX DE LA JURISPRUDENCE ET DES AVIS

(les numéros renvoient aux pages)

JURISPRUDENCE

Jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits

CE, 2 décembre 1892, *Mogambury, Rec.* p.838, concl. Romieu ; *D.* 1893.III.1, concl. Romieu ; *S.* 1894.III.97, note Hauriou : **370, 440, 647, 665**

TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just,* Rec. p.715, concl. Romieu ; *D.* 1903.III.41, concl. Romieu ; *S.* 1904. III. 17, concl. Romieu, note M. Hauriou : **547**

CE, 19 février 1904, *Chambre syndicale des fabricants constructeurs de matériel pour chemins de fer,* Rec. p.131, concl. Romieu ; *S.* 1906.III.75, concl. Romieu ; *D.* 1905.III.57 ; *RDP,* 1904.88, note Jèze, concl. Romieu : **627, 628, 647, 661**

CE, 4 mai 1906, *Babin,* Rec. 362, concl. Romieu ; *S.* 1908.III.110, concl. Romieu ; *D.* 1908.III.7, concl. Romieu ; *RDP* 1906.678, note Jèze : **336, 337, 342, 345, 628, 642, 647, 659, 660, 663, 675, 681**

CE, 30 novembre 1906, *Sieur Jacquin,* Rec. p.879 : **553**

CE, 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres,* Rec. p.913, concl. Tardieu ; *D.* 1909.III.57, concl. Tardieu ; *S.* 1908.III.1, note Hauriou, concl. Tardieu ; *RDP,* 1908.38, note Jèze : **15, 16, 226, 440, 443, 444, 537, 554, 555, 586, 587, 642, 659, 793**

CE, 29 mai 1908, *Colonie du Sénégal,* Rec. 578 ; *S.* 1909.3.26, note Girault : **279**

CE, 7 août 1909, *Winkell et Rosier,* Rec. p.826, concl. Tardieu p.1294 ; *S.* 1909.III.145, note Hauriou, concl. Tardieu ; *RDP* 1909.494, note Jèze : **99, 312, 313, 350, 356, 362, 363, 364, 375, 376, 377, 406, 409, 423**

CE, 7 juillet 1911, *Omer Decugis,* Rec. p.806 ; *S.* 1914.3.36, concl. Blum : **543**

CE, 1er mars 1912, *Tichit,* Rec. p.302 ; *S.* 1913.III.174, note Hauriou : **377, 406, 407**

CE, 18 juillet 1913, *Syndicat national des chemins de fer de France et des colonies,* Rec. p.875, concl. Helbronner ; *RDP* 1913.506, concl. Helbronner, note Jèze ; *S.* 1914.III.1, concl. Helbronner, note Hauriou : **364**

CE, 3 décembre 1914, *Cnudde,* Rec. p.1045 :**16**

CE, 30 juillet 1915, *Général Verrier,* Rec. p.257 ; *RDP* 1915.479, concl. Corneille, note Jèze : **18, 94, 100, 336, 337, 343, 344, 361, 389**

CE, 6 août 1915, *Delmotte et Senmartin,* Rec. p.276, concl. Corneille ; *S.* 1916.III.9, note Hauriou ; *RDP* 1915.700, note Jèze : **83**

CE, 28 juin 1918, *Heyriès,* Rec. p.651 ; *S.* 1922.III.29, note Hauriou : **18, 87, 88, 92, 93, 94, 95, 99, 266, 312, 321, 322, 336, 337, 342, 343, 344, 345, 346, 361, 362, 369, 370, 375, 376, 377, 379, 389, 407, 423**

CE, 3 août 1918, *Compagnie des chargeurs d'Extrême-Orient,* Rec. p.814 : **18, 226, 444, 464, 793**

CE, 8 novembre 1918, *Benarous Yaya ben Aïssa,* Rec. p.964 : **92**

CE, 8 novembre 1918, *de Courte,* Rec. p.973 : **92**

CE, 22 novembre 1918, *Miéville,* Rec. p.1024 : **92**

CE, 27 décembre 1918, *Sieur Doillet,* Rec. p.1164 : **92**

CE, 8 août 1919, *Labonne,* Rec. 737 ; *D.* 1921.III.23 ; *S.* 1924.III.46 : **18, 88, 266, 312, 321, 322, 334, 335, 337, 342, 343, 344, 345, 346, 584, 660, 663, 666**

CE, 14 mai 1920, *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris et de la Seine*, Rec. p.499 : **92, 102**

CE, 9 juillet 1920, *Société « le Centre électrique »,* Rec. p.681 : **92, 370**

TC, 16 juin 1923, *Septfonds,* Rec. p.498 ; *S.* 1923.III.49, note Hauriou ; *D.* 1924.III.41, concl. Matter : **7, 102, 627**

CE, 30 novembre 1923, *Couitéas,* Rec. p.789 ; *D.* 1923.3.59, concl. Rivet ; *RDP* 1924.75 et 208, concl. Rivet et note Jèze ; *S.* 1923.3.57, note Hauriou, concl. Rivet : **362, 375, 376, 377, 388**

CE, 26 décembre 1925, *Rodière,* Rec. p.1065 ; *RDP,* 1926.32, concl. Cahen-Salvador ; *S.* 1925.3.49, note Hauriou : **197, 281**

CE, 22 janvier 1926, *Sieur Lacoste et a.,* Rec. p.74 : **451**

CE, 24 décembre 1926, *Sieurs Brassaud et autres,* Rec. p.1152 : **589**

CE, 22 juin 1928, *Epoux de Sigalas,* Rec., p.125, concl. Josse ; *RDP* 1928.525, concl. Josse ; *S.* 1928.III.113, note Hauriou : **174, 445, 456**

CE, 26 avril 1929, *Union des voies ferrées et des transports automobiles, S.* 1930.III.50, concl. Ettori ; *D.* 1929.III.31, concl. Ettori ; *RDP* 1929.321, concl. Ettori : **308, 360, 538, 547**

CE, Sect., 10 janvier 1930, *Despujol,* Rec. p.30 ; *D.* 1930.III.16, note PJL ; *S.* 1930.III.41, note Alibert : **559, 561**

CE, 11 mars 1932, *Tastet,* Rec. p.293 ; *S.* 1932.I.71 ; *D.* 1930.III.15 : **553**

CE, 15 mars 1933, *Amiot,* Rec., p.311 : **464**

CE, 19 mai 1933, *Benjamin,* Rec. p.541 ; *S.* 1934.III.1, concl. Michel, note Mestre ; *D.,* 1933.III.54, concl. Michel : **541, 542**

CE, Sect., 22 décembre 1933, *Maurel,* Rec. 1226 ; *S.* 1934.III.57, note Roques ; *D.* 1936.III.17, note Gros : **226, 279, 793**

CE, 6 juin 1934, *Caron,* Rec. p.638 : **464**

CE, Sect., 6 juillet 1934, *Société Van Outryve et Cie et autres sociétés,* Rec., p.788 ; *S.* 1934.III.116 ; *RDP* 1934.629, concl. Rivet : **555**

CE, 29 octobre 1934, *Fontaneau,* Rec. p.973 ; *S.* 1935.III.2 : **553**

CE, 5 juillet 1935, *Hazard,* Rec. p.773 : **448**

CE, Ass., 20 décembre 1935, *Société des Etablissements Vézia,* Rec. p.1212 ; *RDP* 1936.119, concl. Latournerie : **631**

CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart,* Rec. p.172 ; *S.* 1937.III.113, note Rivero : **404, 409**

CE, Sect., 24 juillet 1936, *Syndicat général de défense des grands vins de la Côte d'Or,* Rec., p.861 ; *D.* 1937.III.41, concl. Lagrange, note Waline : **555**

CE, Sect., 6 novembre 1936, *Arrighi,* Rec. p.966 ; *D.* 1938.III.1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; *RDP* 1936.671, concl. Latournerie ; *S.* 1937.III.33, concl. Latournerie, note Mestre : **475, 510, 511**

CE, 27 janvier 1937, *Giard et Hardy,* Rec. p.107 : **464**

CE, Ass., 25 juin 1937, *Union des véhicules industriels,* Rec. 619 ; *RDP* 1937.501, concl. Renaudin, note Jèze ; *S.* 1937.397, note P. de Font-Réaulx ; *D.,* 1937.333, note Rolland : **226, 389, 444, 445, 462, 671**

CE, Ass., 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers « La Fleurette »,* Rec., p.25 ; *S.* 1938.III.25, concl. Roujou, note Laroque ; *D.* 1938.III.41, concl. Roujou ; note Rolland ; *RDP,* 1938.87, concl. Roujou, note Jèze : **143**

CE, 27 décembre 1938, *Association amicale des anciens combattants des chemins de fer de l'Etat, S.* 1939.III.33, spéc. p.34 : **457, 467**

CE, Sect., 24 décembre 1943, *Ratié et a.,* Rec. p.304 : **553**

CE, 3 janvier 1945, *Vincent* ; *S.* 1945.III.65 ; *Gaz. Pal.* 1945.I.67 : **613**

CE, 26 octobre 1945, *Aramu,* Rec. p.213 ; *S.* 1946.III.1, concl. Odent ; *D.* 1946.158, note Morange : **371**

CE, 22 février 1946, *Botton,* Rec. p.58 ; *S.* 1949.III.56, note P.H. : **613**

CE, 7 mars 1947, *Entreprise Jaulard et cie,* Rec. p.103 : **464**

CE, 5 mars 1948, *Fédération nationale des entreprises à commerces multiples*, Rec. p.121: **632**

CE, Ass., 28 mars 1947, *Gombert*, *Recueil Sirey,* 1947.III.89 : **449**

CE, 14 mai 1948, *Sargos,* Rec. p.208 : **632**

CE, 28 mai 1948, *Sieur Flé,* Rec. p.236 ; *RA,* 1948.49, note Liet-Veaux : **449**

CE, 31 juillet 1948, *Compagnie industrielle des pétroles d'Afrique du Nord*, Rec. p.385: **632**

CE, 17 décembre 1948, *Azoulay et autres,* Rec. p.474 ; *RDP,* 1949.76, note Waline : **630**

CE, 4 février 1949, *Chambre syndicale des agents généraux d'assurance de la Martinique*, Rec. p.49 ; S., 1950.III.14, RJP 1949.66 note Colliard : **511**

CE, Ass., 4 mars 1949, *Sieur Pouquet,* Rec. p.108 : **613**

CE, Sect., 23 novembre 1949, *Gaulard,* Rec. p.497 : **553**

CE, 10 février 1950, *Sieur Gicquel,* Rec. p.100, concl. Chenot : **445**

CE, 5 juillet 1950, *Syndicat national des administrateurs des colonies et des services civils de l'Indochine et sieur Mesmer*, Rec. p.415 : **595, 603**

CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, Rec. p.426 ; *RDP* 1950.691, concl. Gazier, note Waline ; *JCP* 1950.II.5681, concl. Gazier ; *RA* 1950.366, concl. Gazier, note Liet-Veaux; *Dr. soc.,* 1950.317, concl. Gazier ; *S.* 1950.3.109, note J.D.V ; *D.* 1950.538, note Gervais : **342, 344, 345, 362, 375, 378, 379, 392, 409, 419, 422, 423, 631**

CE, Sect., 13 juillet 1951, *Union des anciens militaires titulaires d'emplois réservés à la SNCF*, Rec., p.403: **556**

CE, Ass., 4 avril 1952, *Syndicat régional des Quotidiens d'Algérie « La Dépêche Algérienne » et « l'Echo d'Oran »,* Rec. p.210 ; *S.* 1952.III.49, concl. Delvolvé ; *RDP* 1952.1029, note Waline ; *JCP* 1952.II.7138, note Vedel ; *Gaz. Pal.* 1952.I.261, concl. Delvolvé ; *GAJA,* 1ère éd., 1956, p.348 ; *D.* 1952, chron. 65, Lachaze: **374**

CE, Ass., 30 mai 1952, *Dame Kirkwood,* Rec. 291 ; *S.* 1953.3.33, note Bouzat ; *RDP* 1952.781, concl. Letourneur, note Waline : **290**

CE, Ass., 12 décembre 1953, *Confédération nationale des associations catholiques de chefs de famille*, Rec. p.545 ; D. 1954.511, note Rossillion : **548**

CE, 4 janvier 1954, *Patris,* Rec. p.6 : **464**

CE, Ass., 20 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker,* Rec., p.64 ; *RPDA,* 1955.50, concl. Tricot ; *AJ* 1954.II *bis.*5, chr. Gazier et Long ; *RDP* 1955.175, note Waline : **558, 662**

CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des Etablissements Mulsant,* Rec. p.481, *AJ* 1954.II.459, note Long : **445**

CE, Ass., 15 juillet 1954, *Société des Aciéries et Forges de Saint-François,* Rec. p.482 ; *AJDA,* 1954.II.459, note Long ; *RPDA* 1954.205, concl. Laurent : **597, 598, 599**

CE, Sect., 12 novembre 1954, *Sieur Jammes,* Rec. p.585 : **544, 545**

CE, Sect., 7 janvier 1955, *Sieur Ged,* Rec. p.11 ; *D.,* 1955.III.65, concl. Mosset : **448**

CE, Ass., 24 juin 1955, *Ville de Lyon et de Paris,* Rec. p.354 : *D.* 1955.719 note Sirat ; *AJ* 1955.II bis.13, note Long ; *Cahiers jurid. electr. et gaz.* 1955.I.59, note Maleville, concl. Grevisse p.204 : **600, 691, 760**

CE, Ass., 16 décembre 1955, *Dame Bourokba*, Rec. p. 590 : **389**

CE, 15 mars 1956, *Garnett,* Rec. p.125: **632**

CE, Ass., 16 mars 1956, *Garrigou,* Rec. p.121 ; *D.* 1956.253, concl. Laurent ; *AJ* 1956.II.199, note JA ; *AJ* 1956.II.220, chr. Fournier et Braibant : **629, 635**

CE, 26 octobre 1956, *D'Azambuja,* Rec. p.603: **665**

CE, 16 novembre 1956, *Société Desaveines et cie*, et *Société des grandes tuileries Perrusson et Desfontaines*, Rec. p.440 : **632**

CE, Sect., 25 janvier 1957, *Keinde Sérigné,* Rec. p.63 : **589**

CE, 2 février 1957, *Jockel,* Rec. p.82 : **665**

CE, Sect., 8 mars 1957, *Rozé et autres,* Rec. p.147, concl. Mosset ; *D.* 1957.III.354, note Tixier : **599, 672, 695, 761**

CE, 29 avril 1957, *Charneau* ; *RDP* 1957.927 : **284**

CE, 4 octobre 1957, *Coopérative de motoculture de l'Orne et autres*, Rec. p.503 : **665**

CE, Ass., 25 octobre 1957, *Duval,* Rec. p.556 ; *RDP* 1958.507, note Waline : **542, 544, 785**

CE, 6 décembre 1957, *Société imprimerie et éditions du patriote du Sud-Est et autres et la Marseillaise*, Rec. p.662 : **665**

CE, 13 décembre 1957, *Barrot et a., Pierre et a.,* Rec., p.675 : **632**

CE, 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie et autres,* Rec. p.74 ; *AJ* 1958.II.130, concl. Grévisse ; *AJ* 1958.II.220, chron. Fournier et Combarnous : **499, 629, 635**

CE, 7 mars 1958, *Confédération nationale des associations de sinistrés,* Rec. p.152 ; *AJ.,* 1958.II.220, chr. Fournier et Combarnous : **629, 635**

CE, 21 mars 1958, *Le Guyon* : **632**

CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval,* Rec. p.246 ; *D.,* 1958.II.730, note de Laubadère ; *AJ.,* 1958.II.282, concl. Kahn : **629, 634**

CE, 18 juin 1958, *Syndicat des grossistes en matériel électrique de la région de Provence et a.,* Rec. p.358 ; *S.,* 1958.386, concl. Tricot ; *D.,* 1958.656, concl. Tricot ; *JCP.,* 1958.II.10727, note J.R. ; *AJ.,* 1958.II.306, chr. Fournier et Combarnous : **629, 631**

CE, 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens,* Rec. T., p.572 ; *D.* 1959.475, concl. Chardeau, note Trotabas : **629, 631**

CE, 25 février 1959, *Balestre,* Rec. T., p.887 : **666**

CE, Ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*, Rec. p.164: **631, 643**

CE, 4 mai 1959, *Robin,* Rec. p.284 : **665**

CE, Sect., 26 juin 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseils,* Rec. p.394 ; *RDP* 1959.1004, concl. Fournier ; *Rev. jur. et pol. d'outre-mer,* 1960.441, concl. Fournier ; *AJ* 1959.I.153, chr. Combarnous et Galabert ; *D.* 1959.541, note L'Huiller ; *RA* 1959.381, note Georgel ; *S.* 1959.292, note R. Drago : **408, 757, 792, 793, 794**

CE, Sect., 12 février 1960, *Société Eky,* Rec. p.101 ; *D.* 1960.264, note L'Huillier ; *S.* 1960.131, concl. Kahn ; *JCP* 1960.11629 bis, note Vedel : **757**

CE, 27 mai 1960, *Sieur Lagaillarde,* Rec. p.369 : **757**

CE, Sect., 28 octobre 1960, *Sieur de Laboulaye,* Rec. p.570, *Dr. soc.* 1961, p. 141, concl. Heumann : **757, 775**

CE, Sect., 27 janvier 1961, *Daunizeau,* Rec. p.57 ; *AJ* 1961.75, chron. Galabert et Gentot : **757, 765, 783, 784, 786**

CE, Ass., 24 novembre 1961, *Fédération nationale des syndicats de police,* Rec. p.658 ; *AJ* 1962.114, note J. T ; *S.* 1963.59, note L. Hamon ; *D.* 1962.424, note Fromont: **439, 445, 757, 793**

CE, Ass., 2 mars 1962, *Rubin de Servens et autres,* Rec. p.143 ; *JCP* 1962.II.12613, concl. Henry ; *RDP* 1962.294, concl. Henry ; *AJ* 1962.214, chr. Galabert et Gentot ; *D.* 1962.109, chr. G. Morange ; *JCP* 1962.I.1711, chr. Lamarque ; *RDP* 1962.288, note Berlia ; *S.* 1962.147, note Bourdoncle: **16, 389**

CE, Sect., 23 mars 1962, *Mast et Revers,* Rec. p.202 et p.203 ; *AJDA* 1962.289, chr. Galabert et Gentot ; *D.* 1962.400, note Hamon : **589**

CE, 13 juillet 1962, *Kevers-Pascalis,* Rec., p.475 ; *D.* 1963.606, note Auby : **556, 557**

CE, Ass., 13 juillet 1962, *Conseil national de l'Ordre des médecins,* Rec. p.479 ; *RDP,* 1962.739, concl. Braibant : **795**

CE, Ass., 19 octobre 1962, *Canal, Robin et Godot,* Rec. p.552 ; *AJ* 1962.612, chr. de Laubadère ; *JCP* 1962.II.13068, note C. Debbash ; *RA* 1962.623, note Liet-Veaux : **16, 445, 757, 782, 793**

CE, 30 janvier 1963, *Caubert de Cléry, Ferré et autres,* Rec. p.56 : **795**

CE, Ass., 10 janvier 1964, *Ministre de l'agriculture c. Simonnet,* Rec, p.19 ; *RDP* 1964.182, concl. Braibant et 455, note Waline ; *AJDA* 1964.150, chr. Fourré et Puybasset ; *S.* 1964.234, note J.-M. Auby : **559, 560, 561**

CE, Ass., 10 janvier 1964, *Syndicat national des cadres des bibliothèques,* Rec., p.17 ; *JCP* 1964.II.1357, note Blaevoet ; *S.* 1964.234, note Auby ; *RDP* 1964.459, note Waline, concl. Questiaux : **560, 562**

CE, Ass., 27 novembre 1964, *Veuve Renard,* Rec., p.590, concl. Galmot ; *AJDA* 1964.678 ; *D.* 1965.632, note Auby : **556**

CE, Sect., 20 mai 1966, *Sieur Meunier,* Rec. p.343 : **763**

CE, 29 janvier 1969, *Dame veuve Chanebout,* Rec. p.43 : **448**

CE, Ass., 27 février 1970, *Dautan,* Rec. p.141: **795**

CE, 10 mai 1972, *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes*, Rec. p.350 : **763**

CE, Ass., 9 juin 1978, *SCI du 61-67 boulevard Arago,* Rec. p.237 ; *JCP* 1979.II.19032, concl. Genevois : **589**

CE, 16 octobre 1987, *Syndicat autonome des enseignants en médecine,* Rec. p.311 ; *RFDA,* 1988.20, concl. Daël : **597**

CE, Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia,* Rec. p.44 ; *RFDA,* 1989.391, concl. Chahid-Nourai, notes Beaud et Dubouis ; *AJDA* 1989.387, note Fouquet ; *RTDE,* 1989.509, note Vergès : **539, 563**

CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet,* Rec. p.327, concl. Kessler ; *AJDA* 1992.643, chr. C. Maugüé et R. Schwartz ; *D.* 1993.293, note O. Gohin ; *JCP* 1993.I n°3645, chr. E. Picard (v. n°6) ; *LPA* 21 octobre 1992, p.11, note T. Celerier ; *RDP* 1992.1799, concl. Kessler, et p.1822, note A.M. Le Pourhiet ; *RFDA* 1993.55, note D. Pouyaud : **597, 602**

CE, Ass., 3 juillet 1998, *Syndicat national de l'environnement CFDT et autres,* Rec. p.272 ; *AJDA* 1998.780, chr. F. Raynaud, P. Fombeur ; *LPA* 12 janvier 1999, p.10, note Moniolle : **603**

CE, 28 juillet 2000, *Association France Nature Environnement,* Rec., p.322 ; *RFDA* 2003.116, note Deffigier ; *AJDA* 2000.959 ; *LPA* 17 nov. 2000, note Laquièze : **550, 557**

CE, 24 octobre 2001, *Confédération des syndicats médicaux français*, req. n°244760 : **55**

CE, ord., 14 novembre 2005, *Rolin*, n° 286835, Rec. p499 ; *AJDA* 2006. 501, note P. Chrestia : **389**

CE, 4 juin 2012, *Société BT France*, Lebon T. p.547 ; *RJEP* 2012, n°720, p.28, concl. Botteghi ; *AJDA* 2013.1733, chr. Domino et Bretonneau : **603**

CE, 11 octobre 2012, *Casino Guichard-Perrachon,* Rec. p.361 ; *AJDA* 2012.1925 ; *AJDA* 2012.2373, chr. X. Domino et A. Bretonneau ; *D.* 2013.732, obs. D. Ferrier ; *RTD com.* 2012.747, obs. E. Claudel ; *RTD com.* 2013.237, obs. G. Orsoni : **12**

CE, 17 juillet 2013, *Syndicat national des professionnels de santé au travail,* n°358109 ; *AJDA,* 2013.1546, chr. Domino et Bretonneau : **590**

CE, 31 mars 2017, *FGTE-CFDT,* n°393190 ; *ADJA,* 2017.713, note Pastor : **539**

CE, Ass., 18 mai 2018, *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT,* n°414583 ; *AJDA* 2018.1009 ; *AJDA* 2018.1206, chr. S. Roussel et C. Nicolas ; *AJFP* 2018.278 ; *RFDA* 2018.649, concl. A. Bretonneau : **17, 55**

Jurisprudence judiciaire

Cass., crim., 27 mai 1819, *Lecabec et Letanef* ; *S.* 1819.I.347 : **610**

Cass., crim., 3 février 1820, *La direction des contributions indirectes c. Potelle* ; *S.,* 1820.I.185 : **610**

Cour royale de Nancy, 26 juillet 1827 ; *S.* 1829.I.172 : **612**

Cour royale de Paris, ch. cor., 4 décembre 1827, *S.* 1833.II.599 : **610**

Cass., crim., 26 avril 1828, *Ministère public c. Cheminel* ; *S.* 1828.I.333 :

Tribunal de commerce de Paris, 28 juillet 1830, *Laplouze et Chatelain c. Laguionie* ; *S.* 1830.II.223 : **610**

Cass., crim., 29 juin 1832, *Geoffroy* ; *S.* 1832.I.401-429 : **611**

Tribunal civil de Tarascon, 1er février 1833, *Les israélites de Tarascon* ; *S.* 1833.II.174 : **611**

Cour royale de Rennes, ch. cor., 30 août 1837, *Lemarchand c. Picaut* ; *S.* 1837.II.789 : **610**

Cass., crim., 28 mai 1842, *Ministère public c. Letellier et Leforestier* ; *S.* 1842.I.855 : **610**

Tribunal de Charleville, 28 janvier 1843, *Ministère public c. Cochard* ; *S.* 1843.II.265 : **610**

Cass., crim., 28 août 1902, *S.* 1903.I.490 : **632**

Tribunal correctionnel de Toulouse, 17 février 1915, *Gazette des tribunaux du midi,* 23 mai 1915 : **102**

Tribunal correctionnel de Lyon, 25 février 1915, *Gazette des tribunaux,* 31 mars 1915 ; *Le Droit,* 30 mai 1915 : **102**

Cass., crim., 30 novembre 1916 ; *D.* 1917.I.43 : **102**

Cass., crim., 5 janvier 1917 ; *D.* 1917.I.44 : **102**

Cass., 24 octobre 1917 ; *S.* 1918.I.193, note Duguit : **102, 627**

Cass., crim., 3 novembre 1917, *Réault* ; *S.,* 1917.I.145 : **102**

Cour d'appel de Nîmes, 8 novembre 1917, *RGA,* 1919, p.87 :

Cass., 31 mai 1918 ; *Gazette du Palais,* 29 juin 1918 : **102**

Cass., crim., 29 avril 1921, *Cassirame* ; *RDP,* 1921.541, note Jèze : **464**

Jurisprudence du Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 novembre 1959, décision n°59-1 FNR, *Proposition de loi déposée par MM. Bajeux et Boulanger, sénateurs, tendant à la stabilisation des fermages (et à abroger le décret n° 59-175 du 7 janvier 1959 relatif au prix des baux à ferme)* : **774**

Cons. const., 18 décembre 1964, décision n°64-27 DC, *Loi de finances pour 1965* : **774**

Cons. const., 12 janvier 1977, décision n°76-72 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à modifier par ordonnances les circonscriptions pour l'élection des membres de la chambre des députés du territoire Français des Afars et des Issa* : **488**

Cons. const., 30 juillet 1982, décision n°82-143 DC, *Loi sur les prix et les revenus* : **2**

Cons. const., 26 juin 1986, décision n°86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* : **488**

Cons. const., 14 décembre 2006, décision n°2006-544 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007* : **449**

Cons. const., 26 janvier 2017, décision n°2016-745 DC, *Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté* : **488**

Jurisprudence étrangère

Tribunal fédéral suisse, 14 décembre 1915, *Millioud* ; *Gazette de Lausanne,* 16 décembre 1915, p.3 ; *Journal de Genève,* 15 décembre 1915, p.3 : **81**

AVIS DU CONSEIL D'ETAT[1]

CE, Assemblée générale, 8 août 1914, « Demande d'avis sur la question de savoir s'il appartient aux préfets d'assurer la continuité de la vie communale par la nomination d'un délégué investi de toutes les fonctions de maire, dans le cas où ni le maire, ni les adjoints, ni les conseillers municipaux ne peuvent ou ne veulent remplir lesdites fonctions », n°168777 ; AN – P/S, cote AL//3180 ..... **366**

CE, Assemblée générale, 14 août 1914, « Projet de décret suspendant provisoirement l'obligation de consulter le Conseil supérieur de la Guerre prévue par l'article premier de la loi du 16 février 1912 pour la mise à la retraite d'office des officiers généraux et assimilés », n°168800 ; AN – P/S, cote AL//5163 ..... **85, 89**

CE, Assemblée générale, 7 septembre 1914, « Projet de décret tendant à suspendre pendant la durée de la guerre, le fonctionnement les Conseils d'enquête pour les officiers, les sous-officiers, brigadiers ou caporaux rengagés, les militaires commissionnés et les militaires de la gendarmerie », Bordeaux n°2 ; AN – P/S, cote AL//5382 ..... **92, 93, 97**

CE, Assemblée générale, 14 septembre 1914, « Projet de décret suspendant, pendant la durée des hostilités le fonctionnement des Conseils de discipline », Bordeaux n°10 ; AN – P/S, cote AL//5382 ..... **81, 93**

CE, Assemblée générale, 1er mai 1924, « Projet de décret portant modification, par application de la loi du 22 mars 1924, des dispositions de la loi du 14 décembre 1920 instituant temporairement près la Cour de cassation une Commission supérieure de cassation », n°186520 ; AN – P/S, cote AL//5206 ..... **475, 503**

CE, Assemblée générale, 28 mai 1924, « Exposé général fait au nom de la Commission chargée d'examiner les décrets réalisant des économies par application de l'article 1er de la loi du 22 mars 1924 » ; AN – P/S, cote AL//5206 ..... **503, 504**

CE, Section des travaux publics, 13 juillet 1944, n°236023 ; AN – P/S, cote AL//4526 ..... **596**

CE, Assemblée générale, 21 mars 1946, « Point de savoir si, pendant la durée des pouvoirs de l'Assemblée nationale constituante, et, éventuellement, au cours de la période qui s'écoulera entre l'expiration des pouvoirs de cette Assemblée et la réunion de l'Assemblée ou des Assemblées qui lui succéderont, des crédits additionnels peuvent être ouverts par application de dispositions antérieures à la loi du 2 novembre 1945 », n°238156 ; AN – P/S, fonds privé René Cassin, cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947, avis confidentiels sur l'application de la Constitution de 1946 ..... **371, 372**

CE, Assemblée générale, 23 mars 1946, « Demande tendant à connaître l'avis du Conseil sur les modalités qu'il convient de prévoir pour la promulgation de la future constitution », n°238241 ; AN – P/S, fonds privé René

[1] Sauf mention inverse, les avis cités sont conservés aux Archives nationales sur le site de Pierrefitte-sur-Seine sous la cote indiquée (AN – P/S, cote *x*). Les avis sur les questions de droit sont, par ailleurs, numérisés sur la base *ConsiliaWeb.* [https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/consiliaweb]

Cassin, cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947, avis confidentiels sur l'application de la Constitution de 1946 ..... **373**

CE, Assemblée générale, 17 avril 1946, « Avis sur les réponses que comportent « en droit » les questions suivantes : 1- L'Assemblée nationale constituante, élue le 21 octobre 1945, a-t-elle le pouvoir d'établir, outre la constitution nouvelle visée par l'article 2 de la loi constitutionnelle du 2 novembre 1945, les règles fixant, à titre transitoire, l'organisation des pouvoirs publics pour la période allant du jour de l'expiration de ces pouvoirs au jour de l'entrée en fonctions de Gouvernement, issu de la nouvelle constitution ? 2- Dans l'affirmative, ces règles établies par l'Assemblée nationale constituante devraient-elles être soumises, comme la constitution nouvelle, à l'approbation du corps électoral prévue par l'article 3 de la loi du 2 novembre 1945, ou pourraient-elles être valablement établies dans la forme ordinaire de la loi ? », n°238372 ; AN – P/S, fonds privé René Cassin, cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947, avis confidentiels sur l'application de la Constitution de 1946 ..... **373**

CE, Section des finances, 2 juillet 1946, « Projet de loi tendant à compléter la loi du 21 mars 1928 portant réforme du régime de retraites des ouvriers des établissements industriels de l'Etat », n°238044 ; AN – P/S, cote 19990025/3 ..... **670**

CE, Section des finances, 12 novembre 1946, « Avis sur l'étendue de la compétence qui a été attribuée au pouvoir exécutif par l'article 2 de la loi du 19 mars 1946 classant comme départements français la Guadeloupe, la Martinique, la Réunion et la Guyane », n°239363 ; AN – P/S, cote 19990025/18 ..... **284**

CE, Assemblée générale, 28 décembre 1946, « Demande d'avis sur le point de savoir si l'application des dispositions de la Constitution du 27 octobre 1946 aurait pour conséquences que le Gouvernement provisoire devrait cesser ses fonctions à compter du mardi 24 décembre, date de la réunion du Conseil de la République, et que le Président de l'Assemblée nationale serait chargé d'assurer l'intérim des fonctions de Président de la République, dont l'élection devrait intervenir dans les dix jours », n°240025 ; AN – P/S, cote 19990025/24 ..... **288**

CE, Assemblée générale, 6 février 1947, « Projets de décrets statuant sur les requêtes de la Société Firestone contre deux décisions du Conseil des prises, en date du 11 juin 1945 », n°237790 et n°237791 ; AN – P/S, fonds privé René Cassin, cote 382 AP 75 – Dossier 2 : problèmes constitutionnels. 1945-1947, avis confidentiels sur l'application de la Constitution de 1946 ..... **289, 293, 295, 298**

CE, Assemblée générale, 23 janvier 1947, « Projet de décret relatif à la forme de promulgation des lois » n°240178 ; AN – P/S, cote 19990025/26 ..... **289, 293**

CE, Assemblée générale, 13 février 1947, « Demande d'avis sur la légalité de l'ordonnance du 1er novembre 1945 prise par le Haut-Commissaire de la France pour l'Indochine », n°238888 et n°240236 ; AN – P/S, cote 19990025/13 ..... **280, 281**

CE, Assemblée générale, 13 février 1947, « Question de savoir si le Président de la République a conservé dans ses attributions la signature des décrets autorisant les changements de nom, ou s'il s'agir là, au contraire, d'actes que le Président du Conseil a seul qualité pour accomplir », n°240310 ; AN – P/S, cote 19990025/27 ..... **289**

CE, Assemblée générale, 13 février 1947, « Question de savoir si les membres de l'Ordre de la Légion d'Honneur et du Conseil de l'Ordre de la Légion d'Honneur doivent, dans l'état actuel des textes, être nommés par le Président de la République ou, dans la négative, s'il n'y aurait pas lieu de modifier les textes organiques de la Légion d'Honneur de telle sorte que le Président de la République conserve, en tant que Grand Maître de l'Ordre les pouvoirs qu'il détenait jusqu'ici comme chef de l'Etat », n°240334 ; AN – P/S, cote 19990025/27 ..... **289, 291, 293, 294, 296, 297, 298**

CE, Assemblée générale, 27 février 1947, « Question de savoir si, sous l'empire de la nouvelle Constitution, les décrets accordant en matière de mariage les dispenses prévues aux articles 145 et 164 du code civil doivent être pris sous la signature du Président de la République ou sous la signature du Président du Conseil des ministres », n°240419 ; AN – P/S, cote 19990025/28 ..... **293, 294, 296, 298**

CE, Assemblée générale, 27 février 1947, « Question de savoir : 1- Quel est le régime législatif applicable aux territoires d'outre-mer jusqu'à la réunion de l'Assemblée de l'Union française ; 2- dans le cas où ce régime législatif serait celui du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854, si le pouvoir de prendre les décrets prévus par ce dernier texte appartient au Président du Conseil ou au Président de la République », n°240435 ; AN – P/S, cote 19990025/28 ..... **281, 282, 652**

CE, Assemblée générale, 27 mars 1947, « Point de savoir si les décrets du Président de la République portant nomination de magistrats du siège doivent être contresignés par le Président du Conseil et par le Garde des Sceaux ou par ce dernier seulement », n°240582 ; AN – P/S, cote 19990025/30 ..... **300, 302**

CE, Assemblée générale, 3 avril 1947, « Point de savoir si, sous le régime institué par la Constitution du 27 octobre 1946, c'est encore le Président de la République qui a compétence pour accorder aux Français, conformément aux dispositions de l'article 2 du décret du 13 juin 1853, l'autorisation d'accepter et de porter des ordres étrangers », n°240664 ; AN – P/S, cote 19990025/32 ..... **293, 298**

CE, Assemblée générale, 3 avril 1947, « Point de savoir si c'est encore le Président de la République sui, sous le régime institué par la Constitution du 27 octobre 1946, a compétence pour précéder aux nominations dans les ordres coloniaux », n°240665 ; AN – P/S, cote 19990025/32 ..... **293, 298**

CE, Assemblée générale, 13 août 1947, « Interprétation à donner de l'article 72 de la Constitution du 27 octobre 1946 en ce qui concerne : - l'étendue exacte du domaine dans lequel le pouvoir législatif est exercé par le Parlement pour les territoires d'outre-mer ; - le maintien du pouvoir réglementaire dans ces territories ; - la possibilité d'adapter la loi française à la situation spéciale de ces territoires, lorsque cette loi est étendue par décret ; - l'existence de recours contre les décrets pris par application des alinéas 2 et 3 de l'article 72 susmentionné ; - le champ d'application de l'alinéa 3 du même article ; - enfin, le régime applicable pour les matières qui ne rentreraient ni dans le domaine pour lesquel le pouvoir législatif appartient au Parlement ni dans les domaines définis par les alinéas 2 et 3 du même article 72 », n°241634 ; AN – P/S, cote 19990025/44 ..... **284, 285, 286, 629, 630, 631, 650**

CE, Assemblée générale, 6 novembre 1947, « Point de savoir si les décrets pris par le Président du Conseil dans le domaine de ses attributions propres sont, lorsqu'ils n'ont de répercussions sur aucun département ministériel, soumis à la formalité du contreseing », n°242312 ; AN – P/S, cote 19990025/53 ..... **297**

CE, Assemblée générale, 31 décembre 1947, « Projet de note et projet de décret déterminant les mesures transitoires budgétaires et financières afférentes au rétablissement du territoire de la Haute-Volta », n°242484 ; AN – P/S, cote 19990025/55 ..... **285**

CE, Section des finances, [retrait] « Projet de décret portant ratification de certaines ordonnances fédérales du Haut-Commissaire de la France en Indochine », n°242531 ; AN – P/S, cote 19990025/56..... **281, 302**

CE, Assemblée générale, 13 janvier 1948, « Projet de loi fixant les cadres et effectifs militaires », n°242882 ; AN – P/S, cote 19990025/61 ..... **516**

CE, Assemblée générale, 16 mars 1948, « Projet de loi modifiant et complétant la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention et instituant des licences dites "licences obligatoires" », n°243198 ; AN – P/S, cote 19990025/65 ..... **670**

CE, Sections réunies des finances et de l'intérieur, 23 mars 1948, « Point de savoir si en vertu de l'article 72 de la Constitution, les lois métropolitaines concernant le régime des libertés publiques, l'organisation politique et administrative et le droit criminel sont désormais applicables aux territoires d'Outre-mer », n°243193 ; AN – P/S, cote 19990025/65..... **629, 652**

CE, Section des finances, 11 mai 1948, « Question de savoir : 1- si le Gouvernement peut, par décret, abroger le décret du 25 novembre 1947, qui a suspendu l'entrée en vigueur du décret du 17 octobre précédent instituant un code du travail dans les territoires d'Outre-mer autres que l'Indochine, et mettre en vigueur le code du travail en confiant aux chefs de territoires le soin d'adapter les dispositions du décret précité du 17 octobre

1947 aux conditions locales du travail par arrêtés pris dans les limites des pouvoirs qui leur sont attribués par le décret du 4 mai 1946 et après avis des assemblées des territoires d'Outre-mer ; 2- si cette mesure apparaît inconstitutionnelle, quelle autre procédure la Haute Assemblée suggère-t-elle au Gouvernement d'adopter ? », n°243744 ; AN – P/S, cote 19990025/65 ..... **629**

CE, Commission permanente, 31 mai 1948, « Projet de loi rendant applicable à la Nouvelle-Calédonie et dépendances les dispositions du décret-loi du 30 octobre 1935 réformant le régime de l'interdiction de séjour », n°244056, D854CP ; AN – P/S, cote cote 19990025/77 ..... **438**

CE, Section des finances, 1er juin 1948, « Point de savoir si l'article 72 de la Constitution, tel qu'il a été interprété par les avis du Conseil d'Etat en date des 13 août 1947 et 23 mars 1948, ne met pas obstacle à l'application, en matière douanière, dans les territoires d'Outre-mer, des dispositions contenues dans la loi du 13 avril 1928 et relatives à l'extension automatique des modifications de tarification ou de règlementation, ainsi qu'aux possibilités de dérogation et d'adaptation spécialement en ce qui concerne les pénalités », n°243689 ; AN – P/S, cote cote 19990025/71 ..... **629**

CE, Commission permanente, 15 juin 1948, « Projet de loi portant intégration des militaires dans l'organisation de la Sécurité sociale », n°244284, D875CP ; AN – P/S, cote 19990025/80 ..... **665**

CE, Section de l'intérieur, 22 juin 1948, Question de savoir si le décret du 30 mars 1935 réprimant les manifestations contre la souveraineté française en Algérie demeure en vigueur ou s'il a été abrogé par l'article 2 de la loi du 20 septembre 1947 portant statut organique de l'Algérie », n°244292 ; AN – P/S, cote 19990025/80 ..... **629**

CE, Assemblée générale, 29 juillet 1948, « Portée exacte qui doit être attribuée à l'expression « tout ce qui a trait à l'organisation des juridictions répressives », telle qu'elle a tété employée par le Conseil d'Etat dans l'interprétation qu'il a précédemment donnée de l'article 72, alinéa 1, de la Constitution du 27 octobre 1946, n°244623 ; AN – P/S, cote 19990025/83 ..... **629, 632**

CE, Commission permanente, 5 août 1948, « Projet de loi tendant au redressement économique et financier », n°244915, D912CP ; AN – P/S, cote 19990025/86 .....**411, 412, 413, 414, 662, 686, 808, Annexe n°6**

CE, Commission permanente, 16 septembre 1948, « Projet de loi portant création de ressources nouvelles au profit du Trésor et aménagement de certains impôts », n°245289, D938CP ; AN – P/S, cote 19990025/90 . **508**

CE, Assemblée générale, 4 novembre 1948, « Projet de loi tendant au renforcement de la lutte contre l'avortement », n°245484 ; AN – P/S, cote 1999025/92 ..... **438**

CE, Sections réunies de l'intérieur et des travaux publics, 9 novembre 1948, « Question de savoir en quelle forme doit être pris le texte étendant à l'Algérie les dispositions contenues dans les règlements d'administration publique du 31 décembre 1946, pris pour l'application de la loi du 28 octobre 1946 sur les dommages de guerre », n°245315 ; AN – P/S, cote 1999025/90 ..... **629, 652**

CE, Sections réunies des finances et de l'intérieur, 30 novembre 1948, « Question de savoir si le code de la nationalité française peut, réserve fait de la disposition pénale contenue dans l'article 113, être étendu dans les territoires d'Outre-mer par décret du Président de la République ou si cette extension doit être réalisée par la loi », n°245824 ; AN – P/S, cote 1999025/95 ..... **629**

CE, Assemblée générale, 30 novembre 1948, « Projet de décret portant organisation de l'hygiène scolaire et universitaire dans le cadre départemental », n°245927 ; AN – P/S, cote 19990025/96 ..... **662**

CE, Commission permanente, 8 février 1949, « Projet de loi sur la formation professionnelle », n°245528, D.1009CP ; AN – P/S, cote 19990025/92 .....**664,665, 670, Annexe n°8**

CE, Commission permanente, 22 février 1949, « Projet de loi sur les hôpitaux et hospices civils », n°246720, D1024CP ; AN – P/S, cote 19990025/107 ..... **670**

CE, Commission permanente, 17 mai 1949, « Projet de loi relatif à diverses dispositions d'ordre financier », n°247773, D1082CP ; AN – P/S, cote 19990025/118 ..... **665**

CE, Assemblée générale, 23 juin 1949, « Projet de loi fixant le statut des chefs coutumiers en Afrique occidentale française, en Afrique équatoriale française, au Cameroun et au Togo », n°247294 ; AN – P/S, cote 19990025/113 ..... **670, Annexe n°9**

CE, Commission permanente, 19 juillet 1949, « Projet de loi modifiant le régime agricole des assurances sociales », n°248431, D1120CP ; AN – P/S, cote 19990025/126 ..... **665**

CE, Section des finances, 26 juillet 1949, « Point de savoir si doit être soumis pour avis à l'Assemblée de l'Union française le projet de décret portant RAP pour l'application aux fonctionnaires des cadres organisés par décret exerçant normalement leur activité outre-mer des dispositions de la loi du 19 octobre 1946 relative au statut général des fonctionnaires », n°248254 ; AN – P/S, cote 19990025/123 ..... **629**

CE, Commission permanente, 3 décembre 1949, « Projet de loi relatif aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1950 », n°249637, D1137CP ; AN – P/S, cote 19990025/140 ..... **670**

CE, Commission permanente, 24 janvier 1950, « Projet de loi tendant à instituer un régime de retraites pour les personnels navigant de l'aéronautique civile », n°250181, D1164CP ; AN – P/S, cote 19990025/147 ..... **665**

CE, Assemblée générale, 6 juillet 1950, « Projet de loi relatif au code financier », n°251660 ; AN – P/S, cote 19990025/165 ..... **670**

CE, Assemblée générale, 3 août 1950, « Projet de décret modifiant l'article 4, 2°, de la loi du 22 décembre 1940 modifié par l'article 22 de la loi du 31 décembre 1948 relatif à la compétence des autorités chargées du contrôle administratif des départements », n°251981 ; AN – P/S, cote 19990025/169 ..... **691**

CE, Commission permanente, 5 décembre 1950, « Projet de loi de finances pour l'exercice 1951 », n°253180, D1259CP ; AN – P/S, cote 19990025/184 ..... **671, Annexe n°10**

CE, Commission de la fonction publique, 7 avril 1951, « Projets de décrets modifiant le décret du 27 novembre 1947 portant modification temporaire au recrutement dans la magistrature d'outre-mer », n°251865 ; AN – P/S, cote 19990025/167 ..... **596**

CE, Assemblée générale, 2 mai 1951, « Projet de décret portant RAP pour l'application de l'article 2 de la loi n°51-375 du 27 mars 1951 sur le produit de la taxe locale additionnelle aux taxes sur le chiffre d'affaires perçue par certaines communes », n°254545 ; AN – P/S, cote 19990025/202 ..... **450**, **Annexe n°11**

CE, Commission permanente, 10 mai 1951, « Projet de loi relatif au développement des crédits affectés aux dépenses militaires pour l'exercice 1951 », n°254677, D1343CP ; AN – P/S, cote 19990025/204 ..... **452, 665**

CE, Section des travaux publics, 4 décembre 1951, « Projet de décret concernant les abonnements téléphoniques principaux à ligne partagée », n°256193 ; AN – P/S, cote 19990025/221 ..... **631**

CE, Section des travaux publics, 4 mars 1952, « Projet de décret modifiant le décret du 29 août 1939 concernant la règlementation de la pêche fluviale », n°257254 ; AN – P/S, cote 19990025/236 ..... **597**

CE, Section des travaux publics, 13 mai 1952, « Projet de décret fixant les conditions d'application de l'article 16 de la loi n°14-52 du 5 janvier 1952 », n°257696 ; AN – P/S, cote 19990025/242 ..... **557, 558**

CE, Sections réunies des finances et de l'intérieur, 1er juillet 1952, « Demande d'avis sur la question de savoir si un décret peut légalement rendre applicable aux actes commis au préjudice des puissances signataires du traité de l'Atlantique nord les dispositions réprimant les crimes et délits contre la sûreté extérieure de l'Etat », n°258393 ; AN – P/S, cote 19990025/252 ..... **624, Annexe n°12**

CE, Assemblée générale, 10 juillet 1952, « Projet de décret portant RAP pour l'application de l'article 3 de la loi n°51-633 de la loi du 24 mai 1951 », n°258039 ; AN – P/S, cote 19990025/247 ..... **558**

CE, Commission permanente, 9 septembre 1952, « Projet de loi tendant au financement de l'industrie cinématographique française », n°259117, D1498CP ; AN – P/S, cote 19990025/260 ..... **665**

CE, Assemblée générale, 23 septembre 1952, « Projets de décrets portant modification du montant des transactions sur la poursuite des délits et contraventions en matière forestière », n°258883 ; AN – P/S, cote 19990025/258 ..... **597, 662**

CE, Assemblée générale, 25 septembre 1952, « Projet de loi tendant à valider et à modifier la loi n°808 du 26 août 1942 ayant pour objet la reconstitution des archives hypothécaires détruites ou disparues au cours de la guerre », n°258086 ; AN – P/S, cote 19990025/248 .....**670, Annexe n°13**

CE, Assemblée générale, 20 novembre 1952, « Projet de loi portant réforme et codification de la législation d'assistance », n°259663 ; AN – P/S, cote 19990025/269 ..... **777**

CE, Assemblée générale, 18 décembre 1952, « Projet de loi portant réforme administrative », n°259115 et n°259924 ; AN – P/S, cotes 19990025/260 et 199990025/272..... **637, 674, 477, 677, 680, 681, 682, 683, 733, Annexe n°16**

CE, Commission spéciale pour l'examen de questions relatives à la réforme de la Constitution, 6 février 1953, « Point de savoir si, à la suite d'une résolution de révision déjà prise par l'Assemblée nationale, le Gouvernement peut déposer un projet de loi portant révision de la Constitution », n°260496 ; AN – P/S, cote 19990025/279 ..... **477, 519**

CE, Commission spéciale pour l'examen de questions relatives à la réforme de la Constitution, 6 février 1953, « Question de savoir quelles sont la définition et la portée exacte de l'interdiction contenue dans l'article 13 de la Constitution, dans quelle mesure le Gouvernement, à ce expressément autorisé par une loi, peut exercer son pouvoir réglementaire en des matières législatives et, en conséquence, abroger, modifier ou remplacer des textes de loi par des dispositions réglementaires », n°260497 ; AN – P/S, cote 19990025/279..... **61, 457 464, 468, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 490, 493, 498, 499, 505, 506, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 520, 521, 525, 527, 528, 530, 531, 620, 621, 624, 629, 640, 642, 643, 677, 681, 685, 686, 688, 734, 749, 809, Annexe n°18**

CE, Commission permanente, 14 mars 1953, « Projet de lettre rectificative au projet de loi portant réforme des lois d'assistance », n°261017, D1562CP ; AN – P/S, cote 19990025/286 ..... **671**

CE, Section des finances, 4 septembre 1953, « Projet de décret portant, au moyen de la suspension de la perception de taxes, aménagement du régime financier de certains produits de large consommation », n°262223 ; AN – P/S, cote 19990025/301 ..... **631, 642**

CE, Section des travaux publics, 26 septembre 1953, « Projet de décret portant amélioration économique de la commercialisation des produits agricoles et alimentaires », n°262423 ; AN – P/S, cote 19990025/304 ..... **629**

CE, Assemblée générale, 28 septembre 1953, « Projet de décret relatif à l'organisation des marchés agricoles », n°262489 ; AN – P/S, cote 19990025/305 ..... **673**

CE, Commission permanente, 29 décembre 1953, « Projet de loi tendant à la ratification des décrets pris en application de l'article 7 de la loi du 11 juillet 1953 portant redressement économique et financier », n°263164, D1639CP ; AN – P/S, cote 19990025/316. ..... **672**

CE, Assemblée générale, 9 septembre 1954, « Projet de décret modifiant et complétant, en ce qui concerne le régime du travail et les congés payés dans la Marine marchande, la loi du 13 décembre 1926, portant Code du travail maritime », n°264954 ; AN – P/S, cote 19990025/344 ..... **414, 505**

CE, Assemblée générale, 28 septembre 1954, « Projet de décret tendant à favoriser le développement du crédit à la consommation et à réprimer l'usure », n°265032 ; AN – P/S, cote 19990025/346 ..... **631**

CE, Assemblée générale, 9 novembre 1954, « Projet de décret tendant à la limitation du nombre des débits de boissons », n°265421 ; AN – P/S, cote 19990025/352 ..... **666**

CE, Section des travaux publics, 9 novembre 1954, « Projet de décret relatif au prix de la betterave et portant diverses dispositions concernant les distilleries d'alcool de betterave et les cultures de remplacement », n°265442 ; AN – P/S, cote 19990025/352 ..... **673**

CE, Assemblée générale, 16 novembre 1954, « Projet de décret relatif à l'institution de Comité d'expansion économique », n°265399 ; AN – P/S, cote 19990025/351 ..... **662**

CE, Commission permanente, 16 décembre 1954, « Projet de loi relatif au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques et du plan pour l'exercice 1955 », n°265760, D1788CP ; AN – P/S, cote, 19990025/357 ..... **452**

CE, Assemblée générale, 3 février 1955, « Question de savoir si le contreseing d'un ministre doit nécessairement accompagner le contreseing du président du conseil dans les décrets signés par le Président de la République lorsque le président du Conseil peut être regardé comme le seul ministre intéressé », n°265917 ; AN – P/S, cote, 19990025/359 ..... **298**

CE, Section des finances, 1er mars 1955, « Question de savoir quelle serait l'étendue exacte des pouvoirs du Gouvernement en matière fiscale dans le cas où la loi du 14 août 1954 serait prorogée », n°266349 ; AN – P/S, cote 19990025/366 ..... **791**

CE, Section des travaux publics, 22 mars 1955, « Projet de décret relatif à l'organisation des ports maritimes », n°266426 ; AN – P/S, cote 19990025/366 ..... **599**

CE, Section des finances, 27 avril 1955 ; « Projet de décret relatif à certaines dispositions d'ordre financier », n°266756 ; AN – P/S, cote 19990025/372 ..... **629**

CE, Assemblée générale, 18 mai 1955, « Projet de décret modifiant les règles d'apurement des comptes de gestion des collectivités locales et des établissements publics nationaux et locaux », n°266865 ; AN – P/S, cote 19990025/374 ..... **629**

CE, Commission permanente, 20 juillet 1955, « Projet de loi portant réforme de l'enseignement public », n°267637, D1872CP ; AN – P/S, cote 19990025/387 ..... **664, 670, Annexe n°19**

CE, Section de l'intérieur, 9 août 1955, « Projet de décret concernant le mode de délivrance des dispenses relatives au mariage et à l'adoption », n°267689 ; AN – P/S, cote 19990025/388 ..... **293**

CE, Assemblée générale, 19 janvier 1956, « Question de savoir si l'article 2 de la loi du 28 novembre 1955 donne au Gouvernement le pouvoir de modifier ou compléter par décret la législation existante, en matière de lutte contre l'alcoolisme et, dans l'affirmative, quelle est la procédure et la force exécutoire des décrets qui peuvent être pris en application de cette loi », n°268543 ; AN – P/S, cote 19990025/402 ..... **465, 514, 629**

CE, Commission permanente, 25 février 1956, « Projet de loi relatif à la suspension des taxes indirectes sur certains produits de consommation courante », n°269043, D1932CP ; AN – P/S, cote 19990025/408 ..... **508**

CE, Commission permanente, 27 février 1956, « Projet de loi autorisant le Gouvernement à mettre en œuvre les réformes et à prendre les mesures propres à assurer une évolution pacifique des territoires relevant du ministère de la France d'Outre-mer », n°269028, D1933CP ; AN – P/S, cote 19990025/408 ..... **508**

CE, Assemblée générale, 14 juin 1956, « Projet de loi tendant à favoriser la construction de logements », n°269630 ; AN – P/S, cote 19990025/418 ..... **515**

CE, Assemblée générale, 15 novembre 1956, « Proposition de loi Guy Petit tendant à opérer un classement de principe des matières législatives par nature et à définir le domaine et les modalités du pouvoir réglementaire », n°269977 ; AN – P/S, cote 19990025/424 ..... **637, 678, 680, 684, 685, 686, 687, 688, 692, 695, 736, Annexe n°21**

CE, Assemblée générale, 11 avril 1957, « Note sur le projet de loi fixant les principes de la politique agricole », n°271911 ; AN – P/S, cote 19990025/460 .....**508, 513, 515, Annexe n°23**

CE, Commission de la fonction publique, 15 mai 1957, « Projet de décret tendant à fixer les conditions d'accès des agents de surveillance des Eaux et Forêts français-musulmans dans les corps des agents techniques des Eaux et Forêts en Algérie », n°271994 ; AN – P/S, cote 19990025/462 ..... **673**

CE, Assemblée générale, 16 mai 1957, « Projet de loi relatif à la réforme administrative », n°272141 ; AN – P/S, cote 19990025/465 .....**692, Annexe n°25**

CE, Section des travaux publics, 5 novembre 1957, « Question de savoir si le décret n°55-670 du 20 mai 1955 relatif à la répartition du contingent de rhum à la Martinique et à la Guadeloupe, pris en vertu des pouvoirs spéciaux donnés au Gouvernement par la loi du 14 août 1954 prorogée par la loi du 2 avril 1955, peut être modifié par décret simple », n°273109 ; AN – P/S, cote 19990025/481 ..... **600, 662**

CE, Section des travaux publics, 10 janvier 1958, « Projet de décret portant aménagement du financement de l'établissement national des invalides de la marine », n°273567 ; AN – P/S, cote 19990025/489..... **761**

CE, Assemblée générale, 23 mai 1958, « Projet de loi constitutionnelle tendant à la révision des articles 9, 12 al. 2, 13 et 45 de la Constitution », n°274498 ; AN – P/S, cote 19990025/509..... **525, 527, 528, 529, 681 Annexe n°27**

CE, Commission permanente, 1er juin 1958, « Projet de loi constitutionnelle modifiant l'article 90 de la Constitution », n°274559, D2162CP ; AN – P/S, cote 19990025/510..... **756**

CE, Commission permanente, 1er juin 1958, « Projet de loi relatif aux pleins pouvoirs », n°274560, D2163CP ; AN – P/S, cote 19990025/510..... **509, 672**

CE, Sections réunies des travaux publics et de l'intérieur, 3 juin 1958, « Question de savoir quelles sont les compétences respectives du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire en matière de limitation générale des vitesses des véhicules automobiles en dehors des agglomérations », n°274446 ; AN – P/S, cote 19990025/508 ..... **666**

CE, Assemblée générale, 30 juillet 1958, « Projet d'ordonnance relative à diverses dispositions d'ordre fiscal », n°275001 ; AN – P/S, cote 19990025/518 ..... **416, 419, 500, 760**

CE, Assemblée générale, 28 août 1958, « Projet de loi constitutionnelle », n°275162 ; AN – P/S, cote 19990025/522..... **1, 391, 509, 700, 703, 708, 709, 710, 714, 715, 716, 728, 730, 731, 733, 734, 736, 737, 738, 739,747, 749, 750, 752, 753 754, 762, 765, 785, 809**

CE, Section des travaux publics, 16 septembre 1958, « Projet de décret relatif à la réglementation d'urbanisme applicable à la ville de Paris », n°274119 ; AN – P/S, cote 19990025/502 .....**761, Annexe n°29**

CE, Assemblée générale, 18 septembre 1958, « Projet d'ordonnance portant réforme des règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique », n°275313 ; AN – P/S, cote 19990025/520 ..... **629, 757**

CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet d'ordonnance relative au stockage souterrain de gaz », n°275102 ; AN – P/S, cote 19990025/520 ..... **766, 776**

CE, Assemblée générale, 9 octobre 1958, « Projet de décret portant création et suppression d'emplois au ministère des finances », n°275400 ; AN – P/S, cote 19990025/525..... **763, 773, 779, 780, 781, 782, Annexe n°30**

CE, Assemblée générale, 16 octobre 1958, « Projet de décret tendant à modifier les dispositions transitoires du décret du 28 juillet 1955 portant RAP relatif au statut particulier du personnel des directions régionales de Sécurité sociale » ; *Archives constitutionnelles de la Ve République,* vol. 1, p.111-121 ..... **591, 777, 779, 782, 790, 796, 797**

CE, Assemblée générale, 23 octobre 1958, « Projet d'ordonnance relative à la fixation du prix d'objectif de la betterave et au recouvrement de la cotisation de résorption perçue sur le sucre », n°275533 ; AN – P/S, cote 19990025/528 ..... **781**

CE, Assemblée générale, 6 novembre 1958, « Projet d'ordonnance relative à la recherche, à l'exploitation, au transport par canalisations et au régime fiscal des hydrocarbures dans les zones de l'organisation commune des régions sahariennes », n°275542 ; AN – P/S, cote 19990025/528 ..... **766**

CE, Assemblée générale, 13 novembre 1958, « Projet d'ordonnance relative au prix des baux à ferme », n°275725 ; AN – P/S, cote 19990025/532 ..... **756**

CE, Commission permanente, 25 novembre 1958, « Projet d'ordonnance relative aux marchés d'intérêt national et aux Halles centrales de Paris », n°276139, D2188CP ; AN – P/S, cote 19990025/541 ..... **672**

CE, Assemblée générale, 27 novembre 1958, « Projet d'ordonnance portant loi organique relative au statut de la magistrature », n°275766 ; AN – P/S, cote 19990025/533 ..... **765**

CE, Assemblée générale, 27 novembre 1958, « Projet d'ordonnance et projet de décrets relatifs à la réforme des services hospitaliers », n°275807 et 275808 ; AN – P/S, cote 19990025/534 ..... **790**

CE, Assemblée générale, 28 novembre 1958, « Projet d'ordonnance portant loi organique relative aux lois de finances » ; *Archives constitutionnelles de la Ve République,* vol. 2, p.581-593 ..... **773, 774, 791**

CE, Commission permanente, 1er décembre 1958, « Projet d'ordonnance portant suspension provisoire de la perception du droit de douane d'importation sur les foies de poissons salés et en saumure » D2209CP, et « Projet d'ordonnance portant réduction provisoire du taux des droits de douane d'importation applicables à certaines matières colorantes », D2210CP, n°276150 ; AN – P/S, cote 19990025/541 ..... **775**

CE, Section des travaux publics, 5 décembre 1958, « Projets d'ordonnances relatives aux plans d'urbanisme », n°276028, 276029, 276030 et 276029 ; AN – P/S, cote 19990025/538 ..... **781**

CE, Assemblée générale, 18 décembre 1958, « Projets d'ordonnances portant l'un sur l'organisation générale de la défense et le second sur la durée du service militaire », n°275915 et n°275917 ; AN – P/S, cote 19990025/536 ..... **766**

CE, Assemblée générale, 18 décembre 1958, « Projet de décret portant statut général du Togo », n°276076 ; AN – P/S, cote 19990025/539 ..... **763**

CE, Commission permanente, 24 décembre 1958, « Projet d'ordonnance tendant à modifier l'article 31 w du livre 1er du code du travail », D2278CP, n°276392 ; AN – P/S, cote 19990025/547 ..... **790**

CE, Assemblée générale, 7 janvier 1959, « Projet de décret portant création d'un cadre des maîtres d'arabe dans l'Académie d'Alger », n°275977 ; AN – P/S, cote 19990025/537 ..... **795**

CE, Commission permanente, 2 février 1959, « Projet d'ordonnance instituant l'Epargne-Crédit », n°276672, D2342CP ; AN – P/S, cote 19990025/551 ..... **781**

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS ..... **V**

ABREVIATIONS ..... **IX**

SOMMAIRE ..... **XI**

INTRODUCTION GENERALE **1**

§1. Objet et justification de l'étude 3
A- Définition : le pouvoir réglementaire, activité de législation gouvernementale 4
1) La hiérarchie des critères de définition 4
a) Les considérations invariantes et discriminantes 5
i) La considération matérielle : l'activité de législation 5
ii) La considération organique : l'exercice par l'Exécutif 8
b) Les considérations variables et indifférentes 11
i) Les considérations formelles et procédurales : l'*instrumentum* 11
ii) Les considérations fonctionnelles et finalistes : le champ 12
iii) Les considérations contentieuses : le régime 15
2) Le caractère hétéronomique du pouvoir réglementaire 20
a) La loi, action de tous sur tous 20
b) Le règlement, action d'un seul sur tous 22
B- Les données du problème : le pouvoir réglementaire et la République parlementaire 24
1) Le pouvoir réglementaire, « hantise » républicaine 24
a) Fonder la République parlementaire par la loi 25
i) La mystique de la loi en 1789 25
ii) La mythification des principes de 1789 28
b) Repousser le pouvoir personnel 31
i) Le pouvoir réglementaire comme menace 32
ii) La subordination du règlement à la loi parlementaire 34
2) L'émancipation du pouvoir réglementaire : une conversion républicaine au pouvoir d'action 38
a) Des fonctions secondaires aux fonctions primaires de législation gouvernementale 39
i) De la mutation des fonctions politico-sociales de l'Etat à la mutation des fonctions juridiques de l'Etat 39
ii) Les avantages opérationnels du règlement sur la loi 40
b) Le choix d'une formulation : « l'émancipation » 42

§2. Champ de l'étude 44
1) La délimitation temporelle : 1914-1958 44
a) Le *terminus a quo* : 1er août 1914 44
b) Le *terminus ad quem* : 4 février 1959 47
2) La délimitation spatiale : la France 49
3) La délimitation matérielle : le pouvoir réglementaire général 50

§3. Intérêt de l'étude 52
1) Dévoiler les filiations de la Constitution de 1958 52
2) Contribuer à l'intelligence des fonctions d'un Exécutif contemporain 54
3) Réinvestir le champ de l'histoire dans la science du droit constitutionnel 56

§4. Méthode et sources 57
1) La méthode : l'analyse croisée des discours des acteurs 57
a) Quels discours ? 58
b) Quels acteurs ? 59
2) Présentation des sources primaires 62
a) Les sources imprimées 63
b) Les sources d'archives 65
i) Fonds d'archives publiques 65
ii) Fonds d'archives privées 67

§5. Problématique, thèse et plan de l'étude 68
1) Problématique de l'étude 68
2) Thèse et plan de l'étude 69

PREMIERE PARTIE : L'AFFIRMATION D'UN FONDEMENT AUTONOME 73

TITRE 1 : LA REVELATION D'UNE LACUNE CONSTITUTIONNELLE 75

Chapitre 1 : Un décalage persistant entre les textes et la pratique 77

Section 1 : Le bouleversement des pratiques : l'effet catalyseur des crises 78
§1. L'épreuve de la Première guerre mondiale 78
A- Le règne de l'illégalité nécessaire 80
1) L'insuffisance des textes pour le temps de guerre 80
a) L'exception française 80
b) L'insuffisance de la loi du 9 août 1849 relative à l'état de siège 82
c) L'inadéquation des lois du 5 août 1914 84
2) Les règlements de « nécessité » 86
a) La tentation d'un fondement constitutionnel : le visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, aux origines de l'arrêt *Heyriès* 87
i) Une reconstruction doctrinale de l'arrêt *Heyriès* 87
ii) La véritable signification du visa de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ... 89
iii) Un paravent précieux pour le Gouvernement 96
b) De « l'illégalité nécessaire » à l'arbitraire ? 98
B- Vers une législation d'exception 103
1) La recherche d'une habilitation légale 104
a) De l'intervention parlementaire *ex post* à l'intervention parlementaire *ex ante* 104
b) Le refus des pleins-pouvoirs au ministère Briand 107
2) Vers une habilitation législative permanente pour le temps de guerre 110
§2. L'épreuve des crises de l'entre-deux guerres 112
A- La généralisation du recours aux décrets-lois 113
1) Légiférer hors du Parlement : l'inadaptation de la procédure législative ordinaire 113
a) La technicité des mesures à adopter 114
b) L'urgence et la confidentialité des mesures à adopter 117
c) L'impopularité des mesures à adopter 119
2) La résignation des gouvernants : les décrets-lois par-delà les clivages politiques 120
a) 1916-1926 : l'hostilité généralisée 121
b) 1934-1935 : Le relâchement des oppositions 124
c) 1937-1939 : l'adhésion de l'opposition 125
B- Les décrets-lois, instruments juridiques de « droit commun » 128
1) Des décrets-lois, source de droit administratif, aux décrets-lois, source administrative de droit 129
a) La déflation, prétexte à la réforme de l'Etat 129
b) De la réforme de l'Etat, à l'intervention de l'Etat 132
2) Une généralisation désordonnée 135

Section 2 : L'inadaptation des textes : de la *lex lata* à la *lex ferenda* 138
§1. Les décrets-lois, révélateurs des mutations du système parlementaire 139
A- « Gouverner, c'est légiférer » - acte 1 139
1) La loi, « procédé de gouvernement » 140
a) Aspects de la conception classique de la loi 140
b) L'effondrement de la conception classique : l'épreuve de l'interventionnisme 142
2) L'Exécutif, « maître de la législation » 144
a) L'incapacité du Parlement à gouverner 144
b) La participation nécessaire de l'Exécutif aux fonctions primaires de législation 146
B- Gouverner, une question de confiance 148
§2. La législation gouvernementale, enjeu du révisionnisme constitutionnel 150
A- Les constitutions étrangères, modèles pour une révision française 151
1) La législation gouvernementale, standard constitutionnel européen 151
2) Le révisionnisme des comparatistes : le projet Giraud-Ganem 153
B- La législation gouvernementale, enjeu des projets constitutionnels de la Résistance 155
1) Vers une rationalisation de la législation gouvernementale ? 156
2) Une alternative : la « déconcentration » des fonctions de législation 159

Chapitre 2 : L'impossible renouveau constitutionnel de 1946 165

Section 1 : Le pouvoir réglementaire, produit d'un héritage conflictuel 166
§1. L'héritage ambigu de la Seconde guerre mondiale 166
A- La disqualification du pouvoir réglementaire par le régime de Vichy 167
1) La disqualification des lois de pleins-pouvoirs 168
a) La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 : un renoncement légal aux lois constitutionnelles de 1875 169
i) Un renoncement résigné aux lois constitutionnelles de 1875 169
ii) Un renoncement régulier aux lois constitutionnelles de 1875 172
b) La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 : un traumatisme durable 175
2) La disqualification de la législation gouvernementale 177
a) La législation gouvernementale de Vichy : un usage confus sur le plan organico-formel 178
i) Une concentration organique des fonctions de législation 178
ii) Un ordre juridique peu formalisé 182
b) La législation gouvernementale de Vichy : un usage abject sur le fond. Le réveil des « hantises » républicaines 185
i) L'instrument du césarisme et du pouvoir personnel 185
ii) L'instrument du coup d'Etat 185
iii) L'instrument de la restauration 186
iv) L'instrument des exclusions et de la répression 188
B- La légitimation du pouvoir réglementaire par la France Libre 190
1) La légitimation substantielle : la continuité de « l'idée républicaine » 190
2) La légitimation formelle : la différenciation progressive des fonctions de législation 193
a) Une différenciation nominale 194
b) Une différenciation procédurale 195
i) L'exigence de ratification 195
ii) La consultation obligatoire du Comité juridique 196
c) Une différenciation matérielle 197
d) Une différenciation quasi organique 198
§2. Refonder la République par la loi 200
A- Le rejet de la tradition césarienne 201
1) L'hostilité aux décrets-lois : le rejet des acquis du réformisme des années 1930 201
a) Les décrets-lois, dégénérescence de la République parlementaire 201
b) Bannir les décrets-lois des méthodes gouvernementales 205
i) Bannir les décrets-lois du projet de loi constitutionnelle portant organisation provisoire des pouvoirs publics 205
ii) Le refus du second Gouvernement provisoire de recourir aux décrets-lois 208
2) Le rejet de la pratique gaullienne du pouvoir 211
a) De Gaulle et le spectre du pouvoir personnel 212
b) L'exceptionnalité des circonstances, justification rétrospective de la législation gouvernementale de la France Libre 214
B- La réception de la tradition conventionnelle 216
1) Renouer avec les principes de 1789 217
2) Le pouvoir réglementaire, impensé du constitutionnalisme de la Libération 218

Section 2 : Le pouvoir règlementaire dans les débats constituants de 1945-1946 : une question traitée par « prétérition » 221
§1. Le refus de conférer à l'Exécutif des fonctions primaires de législation 222
A- Le refus explicite des décrets-lois 223
1) L'article 13 : l'illusion d'en finir avec les décrets-lois 223
2) Un « coup d'épée dans l'eau » ? 225
a) Le choix d'une formulation prudente 226
b) Une simple « condamnation sentimentale » ? 229
B- Le refus implicite des règlements autonomes 230
1) L'inadmission assumée du pouvoir réglementaire autonome métropolitain 231
2) L'admission inassumée du pouvoir réglementaire autonome ultra-marin 234
a) La volonté d'en finir avec le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 234
b) Une consécration purement latente 236

§2. La réaffirmation de la spécialisation fonctionnelle dualiste classique 238
A- Légiférer en commissions : une alternative aux décrets-lois 238
1) Distinguer les fonctions de législation essentielles et accessoires : la législation-cadre 239
2) Rationaliser les fonctions de législation sans rompre avec la spécialisation fonctionnelle 240
a) Conférer aux commissions parlementaires des fonctions secondaires de législation : le projet Cot 240
b) Un projet inégalement accueilli : le spectre de la confusion fonctionnelle 241
B- Le pouvoir règlementaire, fonction d'exécution des lois 243
1) L'incertain contenu de la « fonction d'exécution des lois » 243
a) La distinction sibylline entre « surveiller » et « assurer » l'exécution des lois 244
b) L'introuvable fonction de « surveillance » de l'exécution des lois 245
2) La négation textuelle du pouvoir réglementaire 248

TITRE 2 : LES JUSTIFICATIONS NOUVELLES DU POUVOIR REGLEMENTAIRE 255

Chapitre 1 : Élargir la fonction d'exécution des lois 257

Section 1 : L'exécution des lois, fondement traditionnel du pouvoir réglementaire 258
§1. Le pouvoir réglementaire, produit d'une tradition non républicaine 259
A- Une « constitution administrative » héritée du XIXe siècle 259
1) « Rattacher au texte l'évolution qui l'a précédé » 260
a) La tradition, technique d'interprétation « raisonnable » de la constitution 260
b) « L'exécution des lois », expression d'une filiation constitutionnelle 262
i) Un objectif avoué : fonder l'existence du pouvoir réglementaire 263
ii) Un objectif inavoué : renforcer l'Exécutif 265
2) Renouer avec la « constitution administrative » du XIXe siècle : l'ordonnance du 31 juillet 1945 sur le Conseil d'Etat 266
a) Le Conseil d'Etat, figure d'une tradition monocratique 266
b) L'ordonnance du 31 juillet 1945 : réaffirmer et renforcer la participation du Conseil d'Etat à l'exercice des fonctions de législation gouvernementale 268
i) Renouer avec la loi du 24 mai 1872 : le rôle réaffirmé du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions secondaires de législation 270
ii) Renouer avec l'an VIII : le rôle retrouvé du Conseil d'Etat dans l'exercice des fonctions primaires de législation 271
B- La survivance du « régime des décrets » aux colonies 272
1) La survivance formelle du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 sous la troisième République 273
a) Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 : éléments d'exégèse 273
b) La fonction d'exécution des lois, véhicule de la réception du *Sénatus-consulte* de 1854 dans l'ordre juridique de 1875 275
i) L'interprétation conforme du *Sénatus-consulte* de 1854 dans l'ordre juridique de 1875 276
ii) Le *Sénatus-consulte* de 1854, loi d'habilitation ordinaire 278
iii) Le *Sénatus-consulte* comme base légale : couvrir l'illégalité des ordonnances de l'amiral d'Argenlieu en Indochine 279
2) La survivance matérielle du *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 sous la quatrième République 282
a) Le régime législatif de l'Union française : un nouveau « régime des décrets » 283
i) Adapter par décret la législation métropolitaine 284
ii) La porosité de la réserve de loi 285
b) La persistance des signifiants : un « effet d'hystérèse » constitutionnel 286
§2. Le partage traditionnel des fonctions normatrices de l'Exécutif sous la IVe République 287
A- La survivance *praeter constitutionem* des fonctions normatrices du Président de la République 287
1) Le transfert avéré du pouvoir réglementaire vers le président du Conseil 288
2) Le « sauvetage » fonctionnel du Président de la République par le Conseil d'Etat 290
a) Le refus d'un Président de la République « porte-plume » 290
i) Le rapport Tissier : plaidoyer pour un Président « porte-plume » 291
ii) La position de l'Assemblée générale : le « pouvoir propre » du Président de la République 292
b) Des attributions justifiées par la tradition 295

B- L'intérêt stratégique du contreseing ministériel 296
1) Le contreseing, enjeu de la survivance de la « constitution Grévy » 297
2) L'étendue du contreseing : une « guerre des chefs » arbitrée par le Conseil d'Etat 298
a) Première querelle : les fonctions exercées en Conseil supérieur de la magistrature 299
b) Seconde querelle : les fonctions relatives à l'Union française 301

Section 2 : L'exécution des lois, fondement téléologique du pouvoir réglementaire 303
§1. Le pouvoir réglementaire, instrument d'une mission d'exécution des lois 303
A- De l'exécution-objet à l'exécution-fin : la fonction administrative 304
1) Rompre avec la conception objective de l'exécution : l'héritage ambigu de Carré de Malberg 305
a) L'exécution des lois, expression d'une subordination 305
b) L'exécution des lois, « mission générale » d'administration 306
2) La mission d'exécution des lois, assurance d'un ordre juridique légal 309
a) Georges Vedel et « les bases constitutionnelles du droit administratif » 309
i) L'entreprise vedélienne : adosser le critère de la « puissance publique » à supériorité de la Constitution formelle 310
ii) Les « deux objectifs » de la mission constitutionnelle d'exécution des lois 311
b) René Capitant et le « pouvoir administratif » 313
i) Entendre l'exécution des lois « dans un sens large » 313
ii) « Hauriou avait tort » / « Carré de Malberg avait raison » 315
B- Un pouvoir implicite nécessaire à la mission d'exécution des lois 316
1) Aspects de la théorie des « pouvoirs implicites » 317
2) Justifier l'*imperium* de l'Exécutif sans rompre avec la Constitution formelle 318
a) Une justification doctrinale du pouvoir réglementaire 318
b) Une justification jurisprudentielle du pouvoir réglementaire 321
§2. La mission d'exécution des lois, entreprise discrétionnaire 323
A- Fonder la discrétionnalité du pouvoir réglementaire : Carré de Malberg et le rapport d'habilitation 324
1) De « l'exécution-statique » à « l'exécution-dynamique » 324
a) « Deux sortes d'exécutions » 325
b) « Deux sortes de règlements » 329
i) Les règlements faits « pour l'exécution des lois » : spontanés mais complémentaires 330
ii) Les règlements faits « en exécution des lois » : non complémentaires mais non spontanés 331
2) Le pouvoir réglementaire autonome, impensé du constitutionnalisme malbergien 333
B- Fonder le pouvoir réglementaire autonome sans rompre avec l'exécution des lois 337
1) Georges Vedel, René Capitant et l'exécution « synthétique » des lois 337
a) Reformuler la condition *secundum legem* 338
b) Renoncer à la condition *infra legem* 340
2) Une relecture positiviste des arrêts *Heyriès* et *Labonne* 342
a) Deux arrêts initialement inaperçus 343
b) Une réhabilitation pour les besoins du renforcement de l'Exécutif 343

Chapitre 2 : Dépasser la fonction d'exécution des lois 349

Section 1 : La fonction institutionnelle du pouvoir réglementaire 350
§1. Assurer la sauvegarde de l'État 350
A- Une préoccupation doctrinale : Maurice Hauriou et la théorie de l'institution 351
1) Le droit réglementaire, droit disciplinaire de l'institution étatique 351
a) Aspects de la théorie de l'institution : idée d'œuvre, droit statutaire et droit disciplinaire 352
i) L'idée d'œuvre du constitutionnalisme républicain : les principes de 1789 352
ii) Le droit statutaire de l'institution républicaine : consacrer les principes de 1789 353
iii) Le droit disciplinaire de l'institution républicaine : sauvegarder les principes de 1789 355
b) Le pouvoir réglementaire, pouvoir de police institutionnelle 356
2) Le pouvoir réglementaire : pouvoir de « l'adaptation réactive » de l'institution 358
B- Une traduction jurisprudentielle : le principe de continuité des services publics 362
1) Justifier l'extension du pouvoir réglementaire en période de crise 362
a) Réglementer le droit de grève 362
b) Assurer la conduite de la guerre 365
c) Gérer le transitoire 370
i) Gérer la transition constitutionnelle de 1945-1946 371
ii) Expédier les affaires courantes 373

2) Les arrêts *Winkell, Heyriès, Couitéas* et *Dehaene* : une filiation institutionnaliste 375
§2. Gouverner 380
A- La fonction gouvernementale, fonction d'initiative 380
1) L'originalité de la fonction gouvernementale : penser l'initialité de l'action de l'Exécutif 381
a) Maurice Hauriou : gouverner, c'est « veiller au salut de l'Etat » 382
b) Georges Burdeau : gouverner, c'est « faire la loi » 384
2) La force de la fonction gouvernementale : légitimer l'extension des pouvoirs de l'Exécutif 386
a) Le pouvoir réglementaire, instrument de la fonction gouvernementale 387
b) Les filiations hétérodoxes de la Constitution de 1958 389
B- Le règlement, acte initial 392
1) Gouverner en situation d'exception : l'exemple des « règlements de nécessité » 393
2) Gouverner dans les temps ordinaires : l'exemple du plan quinquennal 394
Section 2 : La nécessité institutionnelle du pouvoir réglementaire 398
§1. « Nécessité fait loi » 399
A- La coutume comme fondement 399
1) La coutume comme fondement du pouvoir réglementaire 400
2) Le pouvoir réglementaire nécessaire à la réalisation de la solidarité sociale 402
B- La nature comme fondement 404
1) La légitimité substantielle du pouvoir réglementaire 405
a) La « constitution sociale » comme « légitimité supérieure » 405
b) La « nécessité aléthique » du pouvoir réglementaire 408
2) Éluder la constitution écrite : la loi du 17 août 1948 et la théorie des matières réglementaires « par nature » 410
a) Le concours du Conseil d'Etat 410
b) Une fiction utile pour l'adoption du projet 412
§2. « Nécessité n'a point de loi » 415
A- Excuser l'illégalité du pouvoir réglementaire 416
1) L'abnégation en vue du salut public 416
a) La généralisation de l'idée du salut public 416
b) L'excusabilité des mesures de salut public 418
2) La valeur de fait du pouvoir réglementaire gouvernemental 419
B- « La constitution s'en va par morceaux » 420
1) La défense du positivisme juridique 421
2) Le ralliement de la doctrine positiviste au droit non écrit 422

SECONDE PARTIE : L'AFFERMISSEMENT D'UN CHAMP PROPRE 431

TITRE 1 : UNE DETERMINATION HIERARCHIQUE 433

Chapitre 1 : La découverte du rapport d'habilitation : constitutionnaliser les décrets-lois 435

Section 1 : La loi d'habilitation, acte conditionnant 439
§1. La fiction d'une subordination du décret-loi à la loi 439
A- Refuser le caractère législatif aux décrets-lois 440
1) La condamnation unanime de la délégation législative 440
a) Une atteinte à l'inaliénabilité de la souveraineté législative 441
b) La transposition aux décrets-lois des solutions dégagées pour les RAP 443
2) La neutralisation jurisprudentielle des « actes mixtes » 446
a) La législation gouvernementale sur avis conforme des commissions parlementaires : le spectre de « l'acte de gouvernement » 447
b) L'opposition du Conseil d'Etat 449
B- Affirmer le caractère administratif des décrets-lois 453
1) La fiction du caractère *secundum legem* conservée 453
a) La loi d'habilitation, « acte-condition » du pouvoir réglementaire non complémentaire des lois . 454
b) La loi d'habilitation, comme détermination du champ d'application du pouvoir réglementaire non complémentaire des lois 455
2) La fiction du caractère *infra legem* conservée 458
a) La thèse de la « délégalisation » : abaisser les lois à modifier au rang du décret 458
b) Délégalisation ou abrogation ? 459

3) Le caractère explétif de la ratification 461
a) Une exigence embarrassante : le retour en force de la théorie du mandat 461
b) Une portée juridique neutralisée : de la validation législative à la conversion en loi 463
c) La ratification comme « compromis politique » 465
§2. La régularité constitutionnelle des décrets-lois 467
A- Une régularité professée par la doctrine 468
1) Une régularité immédiatement admise sous la IIIe République 468
a) « Le Parlement demeure maître » (Carré de Malberg) 469
b) Une unanimité doctrinale 471
2) Une régularité finalement admise sous la IVe République 472
a) L'obstacle de l'article 13 472
b) Un obstacle neutralisé 473
B- Une régularité consacrée par le Conseil d'Etat : l'avis du 6 février 1953 475
1) Le contenu de l'avis : la captation de l'héritage doctrinal 476
a) Les enjeux de l'avis : valider la loi du 17 août 1948 sans rompre avec l'article 13 476
b) L'élaboration de l'avis : entre empirisme et conceptualisme 477
i) Le recours à la doctrine 478
ii) La recherche d'un équilibre 479
2) La portée de l'avis : la légitimation institutionnelle des décrets-lois 484
a) Une réception doctrinale attendue 484
b) Une opportune réception politique 485
Section 2 : La loi d'habilitation, acte conditionné 487
§1. L'encadrement constitutionnel de l'habilitation 488
A- L'encadrement du champ de l'habilitation 488
1) La spécialité des habilitations 488
a) Les raisons de la spécialité : conserver la souveraineté nationale 489
b) Le critère de la spécialité : durée, objet, finalité 491
2) L'exclusion des matières réservées à la loi 495
a) Une idée controversée en doctrine 495
b) Une consécration progressive en droit positif 497
B- L'encadrement de la procédure d'élaboration des décrets-lois 501
1) La participation acquise du Conseil des ministres et du Conseil d'Etat 501
a) Une garantie politique : le Conseil des ministres 501
b) Une garantie technique : le Conseil d'Etat 503
i) Une mise à l'écart sous la IIIe République : les relents de la spécialisation fonctionnelle 503
ii) Des modalités de consultation à préciser sous la IVe République : désengorger l'Assemblée générale 505
2) L'unification progressive des procédures de législation par décrets-lois 507
a) La construction d'un standard : les formes de la loi du 17 août 1948 507
b) La correction des projets de loi d'habilitation par le Conseil d'Etat 507
§2. Vers une sanction constitutionnelle 509
A- L'insuffisant contrôle des lois d'habilitation 510
1) L'inexistant contrôle juridictionnel 510
a) *De lege lata* : la porte close de l'arrêt *Arrighi* 510
b) *De lege ferenda* : la nécessité d'un « chien de garde » 511
2) L'abnégation des sections administratives du Conseil d'Etat 513
a) Le rappel de l'avis du 6 février 1953 514
b) Le retour en force de la ratification-validation 516
B- La nécessaire révision de l'article 13 de la Constitution de 1946 517
1) Une révision presque unanimement souhaitée 518
a) Une révision souhaitée par tous les partis politiques 518
b) Une révision relayée en doctrine 523
2) Une révision avortée de l'article 13 : le projet de Pierre Pflimlin 525
a) La captation d'un héritage devenu classique 525
b) L'avis favorable de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat 527

Chapitre 2 : Les mutations du rapport de complémentarité : faciliter l'application des lois 533

Section 1 : Parachever la légalité 534
§1. La nécessaire latitude du pouvoir réglementaire complémentaire 535
A- Le pouvoir réglementaire complémentaire, pouvoir discrétionnaire 535
1) Compléter la loi, c'est encore légiférer 536
a) Un prolongement de la loi 536
b) Un concours à la souveraineté parlementaire 538
2) Réglementer, c'est adapter 539
a) La liberté de choisir 539
b) Adapter, c'est choisir 541
B- Le champ de la complémentarité 542
1) Des limitations de principe 542
a) L'interdiction d'agir contra legem 542
b) L'interdiction d'innover 543
2) Une exception : la théorie des « innovations indispensables pour la réalisation de la loi » 546
a) Une théorie des pouvoirs implicites 546
b) Une exigence pour l'effectivité de la loi 547
§2. L'obligation d'exercer le pouvoir réglementaire complémentaire 549
A- L'obligation d'application réglementaire des lois 550
1) Le règlement, condition suspensive de l'application de la loi 550
a) Les problèmes : l'incertaine vigueur des lois incomplètes 550
b) La solution : le règlement, « acte-condition » de l'entrée en vigueur de la loi 551
2) Vers l'obligation juridique d'assurer l'exécution des lois 553
a) D'une obligation politique à une obligation juridique 554
b) Une obligation surveillée par les sections administratives du Conseil d'Etat 557
B- L'obligation d'adaptation des règlements 558
1) Une sollicitation doctrinale : l'influence de Jean-Marie Auby 559
2) Une consécration jurisprudentielle 560
a) Hypothèse du changement dans les faits que la loi entend régir 560
b) Hypothèse du changement dans la législation elle-même 562

Section 2 : Repenser la légalité 564
§1. La réception française de l'école autrichienne 565
A- Aspects généalogiques : une influence par réaction 565
1) Une influence immédiate et générale 565
2) Un accueil plutôt critique 568
B- La *Stufentheorie* et la formation réglementaire du droit 570
1) Aspects de la *Stufentheorie* : la production dynamique et graduelle de l'ordre juridique étatique 570
a) L'identité du droit et de l'Etat 570
b) La validité objective et dynamique de l'ordre juridique 571
c) La création graduelle de l'ordre juridique 572
2) L'intérêt de la *Stufentheorie* : repenser le rapport de complémentarité 574
a) Le règlement complémentaire, acte de création du droit 574
i) La discrétionnalité du règlement complémentaire normalisée 575
ii) L'innovation du règlement complémentaire expliquée 577
b) Le règlement complémentaire, acte d'application du droit 580
i) L'exécution dynamique des lois généralisée 580
ii) Le rapport de légalité reconsidéré : de la conformité à la compatibilité 581
§2. De la légalité à la hiérarchie 585
A- L'avènement du critère formel : le risque de l'irréversibilité 586
1) La perte de spécificité du RAP 586
a) Les faux-semblants de la spécificité du RAP 587
b) Une simple différence de formes 589
2) L'inflation des formes réglementaires 590
a) La multiplication des formes réglementaires 590
b) L'exacerbation du critère formel 592
i) Des difficultés théoriques 593
ii) Des difficultés pratiques 594

B- La tentation du critère matériel : le souci de la rationalisation 595
1) Une tentative inaugurée sous la IVe République 595
a) Critère matériel et statut déontique de la consultation 595
b) Critère matériel et nature des matières régulées 597
2) Une tendance confirmée sous la Ve République 600
a) La recherche d'un critère matériel : l'étude de 1979 601
b) Le retour du critère formel ? 602

TITRE 2 : UNE DETERMINATION MATERIELLE 607

Chapitre 1 : La progression du critère matériel avant 1958 609

Section 1 : La formalisation progressive d'une réserve de loi 614
§1. L'inspiration libérale de la réserve de loi 614
A- De la conceptualisation à l'énumération des matières législatives 614
1) Le critère de la matérialité législative 615
a) Les théories allemandes : Laband, Jellinek et Mayer 615
b) Les conceptions françaises : la portée statutaire de la règle législative 617
2) L'identification des matières législatives 619
a) Les causes : endiguer l'extension illimitée du pouvoir réglementaire 619
b) Les sources : une longue « tradition constitutionnelle » écrite ou non écrite 621
i) De nombreux jalons textuels dans l'histoire constitutionnelle 621
ii) La valeur de ces textes dans l'ordre constitutionnel de 1875 : abrogation, coutume ou principes ? 622
c) Les interprètes : doctrine et jurisprudence 625
i) Une controverse doctrinale : la réserve de loi existe-t-elle ? 625
ii) Une réponse jurisprudentielle : la réserve de loi, critère de l'excès de pouvoir réglementaire 627
d) L'énumération des matières législatives : essai de typologie 630
i) Réserve de loi et statut de l'individu 630
ii) Réserve de loi et statut des organes de l'Etat 632
B- La difficile protection du domaine de la loi 633
1) L'inégal contrôle juridictionnel 633
a) L'impossible censure de l'incompétence négative du législateur parlementaire 633
b) L'insuffisante censure de l'incompétence positive du pouvoir réglementaire 634
2) Une nécessaire constitutionnalisation 636
§2. La portée gouvernementale de la réserve de loi 638
A- La légitimation du pouvoir réglementaire sur habilitation : les décrets-lois 639
1) L'habilitation *en dehors* des matières réservées : le modèle français antérieur à 1958 639
2) L'habilitation *dans* les matières réservées : le modèle allemand, réceptionné en 1958 640
a) Le modèle allemand des « ordonnances de droit » 641
b) La réception française : l'ouverture exceptionnelle à l'Exécutif des matières réservées à la loi ... 642
B- La possibilité du pouvoir réglementaire autonome 643
1) L'admission possible du pouvoir réglementaire autonome pour la Métropole 644
a) Un héritage de la monarchie limitée 644
i) Un modèle pour une hétérodoxie républicaine : Félix Moreau, Maurice Hauriou, Joseph Barthélemy 645
ii) Une consécration jurisprudentielle : l'empreinte de Jean Romieu 647
b) L'objection de Carré de Malberg 648
2) L'admission avérée du pouvoir réglementaire autonome ultra-marin 649
a) Le *Sénatus-consulte* du 3 mai 1854 : l'usage d'une habilitation encore législative 649
b) L'article 72 de la Const. de 1946 : l'exercice d'un pouvoir réglementaire désormais autonome .. 650

Section 2 : Vers la réserve réglementaire 653
§1. L'identification d'un domaine réglementaire 653
A- De la conceptualisation à l'énumération des matières réglementaires 654
1) Le critère de la matérialité réglementaire 654
a) Laband et la théorie des matières administratives 654
b) Hauriou et « l'esprit du règlement » 656

2) Le contenu des matières réglementaires 657
a) Des sources largement prétoriennes 657
i) De rares sources constitutionnelles formelles 658
ii) Une juridicité controversée 659
b) La découverte des matières réglementaires : Conseil d'Etat et doctrine 660
i) La réception altérée des théories allemandes : l'influence de Jean Romieu 660
ii) Un progressif consensus doctrinal 662
c) L'identification des matières réglementaires : par-delà la police et l'organisation des services publics, « l'adaptation réactive » 664
i) Essai de typologie 664
ii) Une consécration : la loi du 17 août 1948 et les matières « réglementaires par nature » 666
B- De la compétence d'attribution à la compétence de principe 667
§2. Les tentatives de protection du domaine réglementaire 668
A- En amont de la loi : vers un mécanisme d'irrecevabilité 669
1) *De lege lata* : les corrections opérées par le Conseil d'Etat 669
a) La disjonction des dispositions réglementaires des projets de loi 669
b) La reformulation des projets de loi de ratification 671
c) Les recommandations dans l'usage des habilitations 672
2) *De lege ferenda* : un système opposable au législateur 673
a) Les projets d'Antoine Pinay (1952) et de Guy Petit (1956) 673
i) Le projet « Pinay » portant réforme administrative : novembre-décembre 1952 674
ii) La proposition de loi de Guy Petit du 22 mars 1956 677
b) L'opposition du Conseil d'Etat : d'une opposition théorique à une opposition pratique 680
i) L'opposition théorique au projet Pinay 680
ii) L'opposition pratique à la proposition Petit 684
B- En aval de la loi : vers un mécanisme de déclassement 689
1) *De lege lata* : les interprétations neutralisantes du Conseil d'Etat 689
a) Une jurisprudence bâtie sous la IIIe République 690
b) Une jurisprudence confirmée sous la IVe République 690
2) *De lege ferenda* : déclasser les lois formelles 692
a) Le projet du ministère Mollet : mai 1957 692
b) L'avis favorable de l'Assemblée générale du Conseil d'Etat 694

Chapitre 2 : La consécration du critère matériel en 1958 699

Section 1 : L'écriture du système normatif : la révolution évitée 702
§1. La rationalisation évidente des fonctions de législation 703
A- Un constat partagé : une recomposition nécessaire des fonctions de l'Etat 704
1) L'avènement d'une fonction gouvernementale 704
a) « Gouverner, c'est légiférer » - acte 2 704
i) Qui ? : Une nouvelle génération de techniciens 705
ii) Pourquoi ? : La péremption des conceptions héritées du XVIIIe siècle 707
ii) Pour quoi ? : Donner un gouvernement à la République 707
b) Conférer à l'Exécutif des propres fonctions primaires de législation 708
2) Revaloriser l'activité parlementaire 709
B- L'écriture des nouvelles habilitations 711
1) Les habilitations des temps extraordinaires (articles 16 et 92) : un relatif consensus 711
a) L'article 16 : réconcilier la légitimité et la légalité constitutionnelles 712
i) Le témoignage décisif du général de Gaulle devant le Comité consultatif constitutionnel 712
ii) Le témoignage décisif de René Cassin devant le Conseil d'Etat 713
b) L'article 92 : assurer les pouvoirs suffisants au Gouvernement 714
2) Les habilitations des temps ordinaires (articles 21, 34, 37, 38 et 41) : mise en perspective 717
a) La diversité des systèmes envisagés 717
i) Système 1 : la « délégation » 717
ii) Système 1-bis : le contrat d'investiture 718
iii) Système 2 : la coordination des domaines 718
iv) Système 3 : la législation par alternance 719

b) Le choix du système retenu 719
i) Le poids des structures : « le sens de l'histoire » 720
α) La dette négative : le refus d'un système inconnu 720
β) La dette positive : l'héritage du réformisme de la IVe République 721
ii) L'influence déterminante de la conjoncture : « la part de surprise » 725
α) Une volonté gaullienne : la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire au Président de la République (article 13) 725
β) Une transaction politique devenue nécessité juridique : la combinaison des systèmes de législation gouvernementale 727
§2. « L'abominable » réserve réglementaire 730
A- Une opposition presque unanime à la réserve réglementaire 731
1) De la crainte du « rationalisme » à la crainte du « rationnement » 731
a) La provenance des oppositions 731
i) L'opposition étonnamment timide du Comité consultatif constitutionnel 732
ii) L'opposition étonnamment sévère du Conseil d'Etat 732
iii) L'opposition prévisible de la doctrine universitaire 734
b) La nature des oppositions 735
i) La crainte d'un « rationalisme » : la conscience des difficultés pratiques 735
ii) La crainte d'un « rationnement » du Parlement : le réveil des hantises républicaines 738
2) La réfutation de l'objection doctrinale : en finir avec « la loi, expression de la volonté générale » ... 740
a) Lever les obstacles théoriques : l'étude de Louis Bertrand 741
b) Le détour par Duguit et Carré de Malberg 742
i) Léon Duguit : plaidoyer pour une « conception réaliste de la loi » 742
ii) Carré de Malberg : plaidoyer pour une « Constitution maîtresse » 743
B- L'atténuation de la portée de la réserve réglementaire 745
1) L'atténuation du champ de la réserve 746
a) L'allongement de l'énumération des matières réservées à la loi 746
b) La référence aux « principes fondamentaux » 747
c) Le recours à la loi organique 749
2) L'atténuation des mécanismes de sanction 751
a) L'assouplissement du mécanisme d'irrecevabilité 752
b) Le durcissement du mécanisme de déclassement 753
Section 2 : La transition infraconstitutionnelle facilitée : un *continuum* constitutionnel 755
§1. L'avènement du critère matériel : les incidences rigoureuses de la coordination des domaines sur les normes infraconstitutionnelles antérieures 757
A- Des conséquences radicales 758
1) La substitution d'un nouveau système d'habilitations 758
a) L'incompatibilité du système antérieur 759
i) En finir avec la casuistique préexistante 759
ii) L'abrogation implicite des habilitations antérieures 761
b) La formalisation de « l'ordre juridique relais » 764
2) Le sort incertain des lois matériellement réglementaires 767
a) Le choix d'une abrogation implicite conditionnée 768
i) D'infinies difficultés théoriques et pratiques 768
ii) La survivance du critère formel 769
b) Quel sort pour les codes en vigueur ? 771
B- Des aménagements nécessaires 772
1) L'interprétation compréhensive des domaines 773
a) Une exigence politique : l'interprétation stricte du domaine de la loi 773
i) Une « règle d'or » fixée par le Gouvernement 773
ii) Une conséquence : l'interprétation au regard de « l'état de la législation antérieure » 774
b) Les nécessités administratives : l'atténuation de la distinction entre « règles » et « principes » ... 776
2) La formalisation nécessaire du pouvoir réglementaire autonome 777
a) L'article 37, alinéa 1 : une « indétermination totale » des formes d'exercice du pouvoir réglementaire autonome 777
b) Vers des « règles de bonnes conduites » dans l'exercice du pouvoir réglementaire autonome 780

§2. Le maintien du critère hiérarchique : la persistance des principes de l'ordre juridique ancien sur le régime des normes infraconstitutionnelles nouvelles 782
A- La force formelle de la loi conservée dans le champ de l'article 34 783
1) La survivance du pouvoir réglementaire complémentaire 783
2) Le maintien d'une détermination législative des conditions d'exercice du pouvoir réglementaire complémentaire 785
a) L'hypothèse théorique de la disparition du RAP 786
b) La nécessité pratique du renvoi au RAP 787
B- La force formelle de la loi conservée dans le champ de l'article 37 791
1) Le maintien de la force limitative de la loi 792
a) L'admission certaine de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir 792
b) L'ouverture avérée du moyen d'annulation tiré de la « violation de la loi » 793
2) Le maintien de la force conditionnante de la loi 796
a) La force conditionnante des lois matériellement réglementaires 797
b) La force conditionnante des lois matériellement législatives 798

CONCLUSION GENERALE : « LA REVOLUTION N'A PAS EU LIEU » 807
§1. Parce qu'elle avait déjà eu lieu 807
§2. Parce qu'elle n'avait plus lieu d'être 809

BIBLIOGRAPHIE GENERALE 813

ANNEXES 855

INDEX DES MATIERES 927

INDEX DES NOMS 935

INDEX DE LA JURISPRUDENCE ET DES AVIS 939

TABLE DES MATIERES 955

L'émancipation du pouvoir réglementaire (1914-1958)

Résumé : La République parlementaire s'enracine, à la fin du XIXe siècle, dans l'exaltation des principes de 1789 et le rejet du pouvoir personnel. Dans cet idéal, le pouvoir réglementaire fait figure de hantise. Il n'est admis qu'à condition d'être étroitement subordonné à la loi. Au XXe siècle, cette situation change. Les guerres et les crises économiques, financières ou sociales sont à l'origine d'une mutation profonde des activités de l'Etat, qui bouleversent l'exercice des fonctions de législation et heurtent les idéaux républicains. Cette étude entend démontrer comment, entre 1914 et 1958, l'Exécutif retrouve un pouvoir réglementaire non réductible à l'exécution des lois. Né d'un dérèglement des pratiques, et des violations (souvent assumées) des textes constitutionnels, ce processus d'émancipation se trouve progressivement – sous l'influence de la doctrine universitaire et des sections administratives du Conseil d'Etat – rapatrié sous l'empire du droit. Sur la période considérée, la législation gouvernementale apparaît effectivement nécessaire à la sauvegarde et à la continuité de l'Etat. Elle acquiert alors un fondement autonome et gagne en discrétionnalité. Sous les IIIe et IVe Républiques déjà, l'exécution des lois ne justifie plus l'existence et ne définit plus l'étendue du pouvoir réglementaire. Les innovations – supposées – de la Constitution de 1958 doivent donc être relativisées. Loin d'innover, le dispositif des articles 16, 21, 34, 37, 38, 41 et 92 du texte constitutionnel de la Ve République formalise, et systématise, les acquis du droit constitutionnel antérieur.

Mots-clefs : pouvoir réglementaire – pouvoir législatif – exécution des lois – Exécutif – Parlement – pouvoir exécutif – Etat – fonctions de l'Etat – séparation des pouvoirs – pouvoir discrétionnaire – habilitation – décrets-lois – règlements autonomes – ordonnances – domaines de la loi et du règlement – Conseil d'Etat (sections administratives) – Droit (sources) – histoire constitutionnelle (France)

The emancipation of the Executive's regulation-making power (1914-1958)

Abstract : At the end of the 19th century, the Parliamentary Republic took root by exalting the principles of 1789 French Revolution and rejecting personal power. Following this ideal, the Executive's power to make regulations is dreaded – only allowed when strictly subordinate to the law supremacy. In the 20th century, the situation has changed. Wars and crises caused an essential transformation of the activities of the State, which disturbed the exercise of legislative functions and republican ideals. This thesis aims to explain how, between 1914 and 1958, the Executive Branch recovered a power to make regulations, that exceeds the mere implementation of legislation. The data show that this emancipation process stemmed from both disruption of practices and constitutional violations, gradually establishing a new law – thanks to the influence of law professors and advisory departments of the Conseil d'Etat. This dynamic relied on the need for Executive regulation to protect the security and the continuity of the State. Progressively, that kind of regulation got an autonomous constitutional basis, and the Executive enjoyed an increased level of discretion to enact it. The result is that, already under the Third and Fourth French Republics, the implementation of legislation no longer defined the source and the scope of the power to make regulations. Finally, these findings allow to challenge the current understanding of the Constitution of the Fifth Republic : the articles 16, 21, 34, 37, 38, 41 and 92 should no longer be considered as "innovations", but only as a formalisation and a systematisation what previous constitutional law introduced.

Keywords : power to make regulations – legislative power – implementation of legislation – Executive branch – Parliament – State – State (functions and activities) – separation of powers – discretionary power – enabling act – Executive orders (France) – Executive regulations (France) – ordinance – matters for statute law or regulation – Conseil d'Etat (advisory departments) – sources of law – constitutional history (France)

UNITE DE RECHERCHE / RESEARCH UNIT : Centre de recherche droits et perspectives du droit (EA n°4487)
ECOLE DOCTORALE / DOCTORAL SCHOOL : Ecole doctorale n°74 des sciences juridiques, politiques et de gestion
UNIVERSITE / UNIVERSITY : Université de Lille