

Le recours administratif au Président de la République *

par Nicola ASSINI

Conseiller dans l'Administration universitaire,
Assistant de Droit Administratif à l'Université de Florence.

★

Dans cette étude est abordé le problème délicat et difficile de la coexistence possible du recours administratif au Président de la République (remède de Justice particulier à l'ordre juridique italien) avec le recours contentieux au Conseil d'Etat.

Le problème est né en Italie avec l'institution de la IV^e section du Conseil d'Etat (1889) et, après un long assoupissement, a surgi à nouveau avec l'entrée en vigueur de la Constitution (1948).

Pour se rendre compte des raisons pour lesquelles la polémique pour la survivance du recours administratif au Chef de l'Etat a fait couler tant d'encre, il est nécessaire de savoir que, au fond de cette polémique, l'on peut dénombrer des motifs sociologiques et politiques ou, tout au moins métajuridiques.

Le recours au Chef de l'Etat a été, en fait, appelé, non sans passion, le remède des pauvres, précisément du fait qu'il est dénué d'implications et de procédures lourdes et formelles qui sont souvent un luxe inaccessible à la plupart des citoyens.

Il y eut lutte entre le bon sens pratique et la linéarité juridique, froide et abstraite : le bon sens avec ses argumentations sociologiques et politiques, la linéarité juridique avec ses déductions et contre-déductions.

Ce fut une bataille vive et intéressante, dont il est bon de rappeler les termes et la manière dont elle est affrontée dans le présent essai.

Le problème de la coexistence des deux remèdes juridiques, recours contentieux et au Chef de l'Etat, avait trouvé sa solution pratique dans le principe de l'alternativité, codifié dans l'article 34 du r.d. 26 VI 1926, n° 1054 (electa una via non datur recursus ad alteram).

* Le prix « d'operosità scientifica » de la Faculté de Sciences Politiques de l'Université de Florence a été décerné à cette étude.

Ce même principe, codifié dans le seul réflexe « de l'introduction du recours au Chef de l'Etat » (pour employer la même expression que l'auteur) a été mis en œuvre, par jurisprudence constante, également dans la résolution par laquelle l'on n'admettait ni n'admet que le décret par lequel est décidé le recours au Chef de l'Etat, soit passible d'une ultérieure voie de recours contentieux, si ce n'est pour des motifs de procédure et de forme. Ceci étant, intervient la sentence n° 1 de la Cour constitutionnelle en date du 1-2-1964, laquelle, sans toucher à la situation susmentionnée pour les requérants et les co-intéressés, déclare l'inconstitutionnalité des II° et III° alinéas de l'art. 34 r.d. 26-VI 1924, n° 1054, en se basant sur le fait que la procédure pour l'introduction et la résolution du recours au Président de la République n'assure pas la possibilité de la tutelle juridictionnelle aux contre-intéressés, tutelle qui, au sens de l'article 113 de la Constitution, « est toujours admise »*.

C'est de là que part la présente étude : c'est-à-dire de l'exigence de se donner une justification du dispositif de la sentence. Une question se pose immédiatement : pourquoi veut-on faire au contre-intéressé, dont l'intérêt est le revers de celui du requérant, un traitement privilégié ? Sa participation active au moyen de contre-déductions comme dans les procès communs, ne suffit-elle pas ? Pourquoi lui assurer une position processuelle nettement plus avantageuse qu'aux co-intéressés et même qu'aux requérants envers la décision de ce même recours ?

La sentence est analysée dans toutes ses parties et sa véritable signification est mise à nu, à savoir que (chose non impossible) elle ne déclare pas inconstitutionnelle une norme de droit positif (art. 34), mais bien une interprétation jurisprudentielle dudit article considérée comme acquise durant trois quarts de siècle.

Mais, comme on l'a dit, avec l'entrée en vigueur de la constitution italienne, cette doctrine qui depuis un certain temps déjà soutenait l'abolition du recours au Chef de l'Etat, le considérant une épave que seule l'impéritie des hommes appelés à légiférer maintenait en vie, a pris un regain de vigueur. Ainsi nacquit, plus brûlant que jamais, le problème de la survivance constitutionnelle du recours au Chef de l'Etat.

(*) En d'autres termes, selon l'arrêt de la Cour Constitutionnelle, l'article 34 qui énonce le principe d'alternativité précité, ne pose pas de problèmes par rapport aux requérants et aux co-intéressés (qui partant ne peuvent se prévaloir du recours contentieux lorsqu'ils ont introduit le recours au chef de l'Etat), mais devient inconstitutionnel par rapport aux contre-intéressés : en fait, de l'avis de la Cour, le principe d'alternativité, interdisant aux contre-intéressés une ultérieure voie de recours contentieux contre l'acte qui décide le recours au Chef de l'Etat n'est pas compatible avec l'article 113 de la Constitution qui prévoit que « la tutelle juridictionnelle des droits subjectifs et des intérêts légitimes est toujours admise contre les actes de l'Administration publique.

Dans cette étude, on prend une position ferme sur ce problème également. Le point de départ est le suivant : l'acte dérisoire du recours au Chef de l'Etat n'est pas un acte de l'Administration publique et, puisque l'article 113 de la Constitution considère exclusivement les actes de celle-ci (considérée comme administration active), le décret qui décide ce recours, comme acte inhérent à une fonction propre du Président de la République, échappe à sa réglementation.

L'étude se présente donc comme une véritable défense de l'existence intégrale du recours au Chef de l'Etat, ce remède des pauvres que tant de justice a déjà administré en Italie et qui, si les argumentations de l'auteur sont convaincantes, continuera à exercer sa mission indiscutée de justice.

Un récent arrêt de la Cour Constitutionnelle (n° 7, 8 du 15-VII-1966) décevant les espérances des adversaires du recours au Chef de l'Etat, et fournissant une confirmation limpide des argumentations contenues dans le présent essai, a rendu une décision favorable sur la question de constitutionnalité du principe alternatif entre le recours au Chef de l'Etat et le recours contentieux en ce qui concerne la position des requérants et des co-intéressés.

Cette confirmation juridictionnelle confère à l'étude une valeur particulière de défense doctrinaire d'une institution qui, outre une configuration typiquement juridique, en présente une, que nous dirions prédominante, de nature politique et sociologique.

*
**

La présente étude fait abstraction, à dessein, des recherches sur la nature juridique et sur le fondement du recours administratif au chef de l'Etat, ainsi que des polémiques concernant sa survivance constitutionnelle (1).

L'unique intention de l'auteur est de mettre en évidence le non-fondement de la motivation de l'arrêt n° 1 du 1^{er} février 1964 de la Cour constitutionnelle (2) précisément à la lumière de cet article 113 de la Constitution qui, selon le Juge constitutionnel, est violée dans le texte de l'article 34 du t.u. (texte unique) du 26 juin 1924, n° 1.054 contenant le t.u. des lois sur le Conseil d'Etat.

(1) Ces arguments seront approfondis dans une étude plus ample en voie d'élaboration.

(2) Cf « *Rass. AVV, Stato* », 1964, n° 1, p. 3.

Que dit, en fait, l'arrêt dont nous nous occupons ? Il déclare l'inconstitutionnalité des deuxième et troisième alinéas de l'article 34 cité du fait que la procédure relative à l'introduction et à la résolution du recours administratif au Président de la République n'assure pas aux contre-intéressés la possibilité de la tutelle juridictionnelle. La Cour constitutionnelle a donc estimé que l'article 34 ne protège pas, ainsi que le prévoit par contre l'article 113 de la Constitution, des intérêts déterminés appartenant aux contre-intéressés.

1. Il faut souligner en premier lieu, que sagement le législateur du t.u. de 1924 ne prévoit la catégorie des contre-intéressés ni explicitement ni implicitement dans l'article 34 duquel nous discutons, on a cru la reconnaître — peut-être à juste raison — dans l'article 61 du Règlement 21 avril 1942, n° 444, relatif à l'exécution de la loi sur le Conseil d'Etat, dans lequel il est dit, entre autres, que la notification du recours doit être faite également « à ceux qui y ont un intérêt direct ».

La jurisprudence du Conseil d'Etat, probablement dans le but d'éviter d'innombrables déclarations d'irrecevabilité des recours par défaut de notification avec plaintes conséquentes de la part des requérants non reçus en raison de la formulation vague de la loi et de la difficulté d'identifier les sujets à notifier, a précisé, on ne sait jusqu'à quel point, le concept de contre-intéressé en l'identifiant soit à celui qui obtient un avantage de l'acte administratif lors de son émanation (3), soit à celui qui a intérêt à voir confirmé l'acte attaqué (4).

Les deux arrêts précités ont suscité dans la doctrine le doute suivant : le contre-intéressé doit-il être considéré dans sa position statique de bénéficiaire de l'acte impugné, ou dans sa position dynamique d'intéressé à voir confirmer la disposition impugnée ; on se demande en somme si au contre-intéressé correspond une figure juridique substantielle ou au contraire une figure simplement processuelle. Pour l'instant, nous n'entendons pas pénétrer dans le problème afin d'établir quelle est la solution à retenir et nous nous limitons à souligner que, vraisemblablement, les deux décisions en question furent établies dans l'unique et spécifique but d'identifier les destinataires de la notification du recours au Chef de l'Etat ; la détermination des sujets intéressés à la notification est d'une importance extrême parce que, d'une

(3) Décision n° 371 du 9 juillet 1937, émise par la IV^e section du Conseil d'Etat.

(4) Décision n° 61 du 28 février 1947, émise par la IV^e section du Conseil d'Etat (cf *Giurisprudenza ital.*, 1948).

part elle protège le requérant quant à l'admissibilité du recours (5) présenté en temps dû et d'autre part, a pour objet de permettre à celui qui a reçu un avantage de l'acte administratif attaqué d'intervenir, par la forme et les moyens consentis, pour contester le recours aux fins de voir confirmé l'acte qui l'avantage ; le contre-intéressé notifié est en somme en mesure d'attaquer le bien-fondé des argumentations présentées par le requérant pour neutraliser les effets d'un acte pour lui nocif.

Examinons donc ce qu'établit l'article 113 de la Constitution que l'arrêt n° 1 du 1^{er} février 1964 de la Cour constitutionnelle estime violé par la disposition de l'article 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat, Le passage de l'article 113 de la Constitution qui nous intéresse particulièrement, dit textuellement « la tutelle juridictionnelle des droits subjectifs et des intérêts légitimes est toujours admise contre les actes de l'Administration publique... ».

Nous estimons qu'une lecture attentive de la disposition citée suffit pour mettre en lumière l'observation que, pour pouvoir utilement invoquer cette tutelle juridictionnelle qui est toujours admise dans le cas d'espèce légal (Tatbestand), il faut que dans le cas d'espèce concret interviennent deux éléments qui se posent comme conditions *sine quibus non* :

1. L'acte doit être nuisible.
2. L'acte doit provenir de l'Administration publique.

Il est simple à constater qu'on peut parler de violation de la disposition constitutionnelle (art. 113) uniquement au cas où une disposition ordinaire prévoyant une hypothèse dans laquelle interviendraient les deux conditions susmentionnées, interdirait la tutelle juridictionnelle qui, par contre, selon le législateur constitutionnel, doit être « toujours admise ».

Nous entendons par là que dans le cas d'un acte qui soit nuisible à des intérêts qualifiés, mais qui ne provienne pas de l'Administration publique, l'article 113 de la Constitution ne peut être violé par une disposition normative qui ne concède pas de tutelle juridictionnelle à l'intéressé ; de même que, d'autre part, l'article 113 de la Constitution ne peut

(5) Conseil d'Etat, Section V, 5 février 1965, n° 105 (cf Rass. C. di S. 1965, I, p. 245). En particulier voir décision n° 959 de la V^e section, dans laquelle il est dit clairement : « La notification du recours à l'un au moins des contre-intéressés, outre à l'Administration qui a émis l'acte impugné, a comme effet de soustraire l'impugnative de la déclaration d'inadmissibilité, sauf l'obligation de faire lieu successivement à l'intégration du contradictoire à l'égard des autres contre-intéressés. »

être considéré violé dans le cas où une norme ne concède pas de tutelle juridictionnelle envers un acte qui, bien que provenant de l'Administration publique, ne lèse pas d'intérêts qualifiés ; une telle affirmation nous paraît d'une véridicité évidente si l'on considère que la première condition pour qu'un acte administratif définitif soit impugnable est l'existence d'avantages provenant pour l'intéressé du dommage ou, en d'autres termes, l'existence du dommage juridique qui est l'effet de l'acte-cause ; il faut en somme qu'intervienne cet élément équivalent à la « succombance » que le code et les processualistes civils requièrent pour proposer une action et pour pouvoir impugner un arrêt subjectivement injuste devant les organes fonctionnellement compétents par grades ; si l'acte ne cause pas de dommages à un sujet, celui-ci n'a pas intérêt à agir (art. 100 c.p.c.) ce qui comporte carence de légitimation à agir (*legitimitio ad causam*).

Le raisonnement susmentionné nous amène à affirmer avec une garantie suffisante de véridicité que l'hypothèse d'un acte de l'Administration publique ne lésant personne, aussi bien que l'hypothèse d'un acte nocif émanant d'une autorité autre que l'Administration publique, tombent en dehors du circuit d'incidence de la disposition de l'article 113 de la Constitution.

Même en voulant faire abstraction des considérations susmentionnées, il résulte clairement de la lettre de l'article 113 de la Constitution, dans le passage suivant « contre les actes de l'Administration publique, etc. », que l'acte doit être, aux fins de la tutelle administrative, nocif ou, si l'on veut, lésant des droits subjectifs ou des intérêts légitimes.

Le contre-intéressé, dont la tutelle juridictionnelle résultant de l'article 113 de la Constitution aurait été, selon l'arrêt constitutionnel rappelé, ignorée par l'article 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat, qu'on le considère soit comme une figure substantielle, soit au contraire comme une figure processuelle, à savoir qu'on le considère soit comme bénéficiaire de la disposition au moment où elle est émise, soit comme intéressé au maintien ou à la confirmation de l'acte impugné, n'a rien à contester contre la disposition de l'Administration publique ; éventuellement il a quelque chose à dire contre le recours et ne peut le faire qu'après avoir reçu la notification et sur sa base au moyen de contre-déductions s'opposant aux déductions du requérant. Par conséquent, il est manifeste que le porteur d'un intérêt à agir contre l'acte nuisible de l'Administration publique est et peut être uniquement l'intéressé ou le contre-intéressé, les deux seuls sujets possibles, destinataires du dommage dérivant de l'acte de l'Administration publique et donc qualifiés, aux termes de l'article 113 de la Constitution, à

proposer un recours contentieux aux fins d'obtenir cette tutelle qui « est toujours admise » ou d'y renoncer en présentant un recours administratif au Président de la République ou encore à acquiescer, en raison de l'expiration des termes de l'impugnacion au moyen d'une inertie qui comporte l'acceptation implicite du contenu de l'acte nocif de l'Administration publique. De même, on ne peut nier, semble-t-il, que l'article 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat ait le mérite d'accorder tant à l'intéressé, qu'au contre-intéressé, cette tutelle juridictionnelle « toujours admise » par l'article 113 de la Constitution « contre les actes de l'Administration publique » (6).

Nous sommes, par conséquent, en mesure d'affirmer que l'arrêt n° 1 de la Cour constitutionnelle qui décèle le caractère d'inconstitutionnalité dans l'arrêt 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat n'a pas de fondement solide, puisque ledit article « assure la possibilité de la tutelle juridictionnelle » que l'article 113 ordonne d'accorder *toujours*, soit à l'intéressé, qui peut librement saisir le Conseil d'Etat par voie juridictionnelle ou le Chef d'Etat par voie administrative à l'aide de ce choix libre entre le *remède juridictionnel* et un remède juridique de nature diverse qu'un ordre juridique évolué lui attribue, soit au contre-intéressé qui, certaines conditions de termes étant réunies et sur la base d'une évaluation discrétionnaire, peut opter pour la voie juridictionnelle ; le droit d'opter du contre-intéressé a donc le pouvoir de déplacer le recours qui lui a été notifié du siège administratif au siège juridictionnel. Que l'article 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat ne s'occupe pas des contre-intéressés nous paraît une nécessité logico-juridique puisqu'une disposition normative prévoyant l'impugnacion d'une disposition administrative définitive peut s'occuper uniquement des sujets ayant intérêt à proposer une telle impugnacion en écartant logiquement ceux qui ne sont pas destinataires d'un tel droit, dans le cas d'espèce les contre-intéressés.

En fait, il n'importe nullement à nos fins, c'est-à-dire aux fins du respect du texte de l'article 113 de la Constitution, que l'intéressé choisisse la voie administrative ou que le contre-intéressé notifié ne se *prévale* pas de son droit d'option par la voie juridictionnelle, parce qu'il suffit que le législateur ordinaire ait abstraitement prévu la tutelle juridictionnelle pour les intérêts qualifiés car, d'autre part il n'est pas nécessaire et ne serait pas opportun qu'une telle tutelle soit imposée même contre la volonté de celui qui désire suivre une autre

(6) Fait erreur, à notre avis, qui veut retrouver la figure du contre-intéressé dans l'article 34 des lois sur le Conseil d'Etat (cf. DE TARANTO, *Il Corriere Amministrativo*, Anno XIII, n° 19, 15 octobre 1947, p. 1915).

voie également admise. En définitive, il semble démontré que le passage de l'arrêt n° 1 de la Cour constitutionnelle qui dit que « la procédure pour l'introduction... du recours extraordinaire n'assure pas aux contre-intéressés la possibilité de la tutelle juridictionnelle », déclarant illégitime du point de vue constitutionnel les deuxième et troisième alinéas de l'article 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat, fait erreur en se préoccupant d'un intérêt que l'article 113 de la Constitution n'entend pas protéger juridictionnellement et ne pourrait le vouloir puisque les contre-intéressés ne pourraient agir (et il est inadmissible de penser qu'ils le voudraient puisqu'ils n'y ont pas intérêt) *contre* l'acte de l'Administration publique dont ils sont les bénéficiaires et non les sujets lésés. Les contre-intéressés donc ne sont pas destinataires de l'article 113 de la Constitution dans la phase de l'introduction et même avant, comme ils ne le sont pas de l'article 34 du t.u. sur le Conseil d'Etat, lequel respecte pleinement la disposition constitutionnelle dans la mesure où elle assure la possibilité de la tutelle juridictionnelle à l'intéressé aussi bien qu'au contre-intéressé, qui, il convient de le répéter, sont les uniques porteurs possibles d'un intérêt à recourir « contre l'acte de l'Administration publique ».

2. Après avoir examiné la partie de la motivation de l'arrêt traitant du droit du contre-intéressé à la tutelle juridictionnelle dans la phase de l'introduction et après avoir nié l'existence d'un tel droit dans ladite phase, nous allons prendre en considération la position du même contre-intéressé dans la phase de la résolution du recours extraordinaire aux fins d'établir si, dans cette ultime phase, le sujet en question peut prôner un droit à la tutelle juridictionnelle, ainsi qu'entend l'affirmer l'arrêt constitutionnel souvent mentionné.

Nous disions dans la première partie de l'étude que la deuxième condition devant intervenir pour qu'on puisse utilement invoquer l'application de l'article 113 de la Constitution est que l'acte doit provenir de l'Administration publique.

Que l'acte doive provenir de l'Administration publique est une affirmation ou, si l'on ose dire, une vérité axiomatique, étant donné que la lettre de l'article 113 de la Constitution dit textuellement « contre les actes de l'*Administration publique* ». On peut, toutefois, ajouter de brèves considérations storico-juridiques destinées à étayer l'affirmation même. Il faut, en fait, souligner qu'au moment où fût conçu l'article 113 de la Constitution, on sortait d'une phase historique durant laquelle l'Administration publique de ce régime absolutiste, tout en étant assistée par la législation ordinaire, avait pu émettre des actes lésant des intérêts légitimes et des droits subjectifs des citoyens sans

que ne fût concédé à ces derniers un remède juridictionnel contre ces actes ; parce que, répétons-le, des lois formelles ou des décrets ayant force de loi prévoient comme licite un tel comportement de l'administration publique.

On a donc voulu de la part du législateur constituant établir dans la Constitution les limites de cette activité de l'Administration publique qui interfère dans les sphères juridiques des citoyens privés et on disposa que « contre les actes de l'Administration publique est toujours admise la tutelle juridictionnelle des droits subjectifs et des intérêts légitimes ».

Ce qu'il nous presse d'éclaircir sans délai et qui nous servira à consolider les conclusions auxquelles nous parviendrons au sujet de cette seconde partie du problème, est que l'Administration publique au sens de l'article 113 doit être considérée comme administration active et il ne devrait pas y avoir de doutes sur ce point. On observe en fait que l'acte qui peut nuire en envahissant des sphères juridiques et en provoquant des lésions d'intérêts qualifiés, est uniquement celui qui dérive de l'Administration active, ou, pour simplifier, il doit s'agir d'une disposition administrative de l'Administration publique, du moment que l'avis, qui est un acte typique provenant de l'Administration consultative, même s'il est nocif dans son contenu, ne peut faire l'objet d'une impugnation autonome de la part du sujet lésé parce qu'il est un acte préparatoire et, tout en faisant partie de l'iter formatif de la disposition, n'est pas la disposition même. On fait le même raisonnement en ce qui concerne le visa et l'enregistrement qui sont les moments typiques de l'activité de contrôle, étant donné que tout en faisant partie de l'iter perfectionnatif (qu'on nous pardonne l'inélégance du terme) de la disposition (puisque'ils en conditionnent l'efficacité), ils ne sont pas susceptibles d'impugnation autonome.

Les actes contre lesquels « *est toujours admise* » la tutelle juridictionnelle des intérêts qualifiés, disions-nous, doivent être actes de l'Administration publique ; le législateur constitutionnel n'a pas dit purement et simplement « actes administratifs », ni adopté d'autre formule, ce qui, notons-le, n'est pas sans signification. Le législateur constituant s'est donc préoccupé non seulement de la nature de l'acte (administratif) mais également et surtout de l'organe duquel l'acte même doit émaner (P.A.) et ceci non sans raison ; il est incontestable, en effet, qu'il existe des actes administratifs ne provenant pas de l'administration publique, comme existent des actes législatifs ne provenant pas

(7) Pour certains exemples voir BOZZI, « Istituzioni di diritto pubblico ». Ed. Giuffrè, 1965, p. 61 et suiv.

de l'autorité législative, comme il existe finalement des actes juridictionnels ne provenant pas de la sphère juridictionnelle (7) c'est-à-dire que dans notre ordre juridique on trouve d'innombrables exemples d'interférences fonctionnelles d'activités d'organes, à savoir des exemples d'organes qui, bien qu'étant institutionnellement investis d'une certaine fonction, exercent en concret, comme attribution secondaire, la fonction qu'un autre organe exerce en voie primaire (7 bis). Nous affirmons en somme que le chef de l'Etat ne peut être identifié à l'Administration publique au moins dans sa fonction spécifique qui a comme contenu la décision, même par décret, sur recours extraordinaire et ici nous sommes appuyés par une partie importante et accréditée de la doctrine juspubliciste. A dire vrai, nous serions en faveur de l'indéfinissabilité absolue entre le Président de la République et l'Administration publique même du fait que, mis à part tout autre motif, et il en est de nombreux, une exégèse systématique, quasi topographique, de la Charte constitutionnelle met en évidence que le législateur constitutionnel a voulu clairement faire la distinction entre les deux organes en question ; dans la deuxième partie, en fait, celle dédiée à l'organisation de la République, la Constitution, après avoir dans le Titre I traité du Parlement, s'occupe dans le Titre II du Président de la République et dans le Titre III, du Gouvernement ; ce dernier Titre est subdivisé en 3 sections, la seconde étant consacrée à l'Administration publique, ce qui nous semble une donnée à ne pas négliger. Mais même si l'on voulait accéder à la théorie qui considère le Président de la République comme le chef de l'exécutif et donc tend à l'identifier à l'Administration publique, en le plaçant au sommet de la hiérarchie, la situation telle que nous l'avons envisagée à nos fins, demeure inchangée. Il convient d'observer, en fait, que cette dernière théorie fait ressortir les fonctions directives, actives et de contrôle du chef de l'Etat et au sujet desdites fonctions, qui sont typiques de l'Administration publique, procède à l'identification des deux organes. Ceci démontre que puisque la fonction concernant le recours extraordinaire est de manière particulière tout à fait de décision et qu'elle n'est pas typique de l'Administration publique, le Président de la République dans l'exercice dudit pouvoir tout à fait spécial ne peut certes pas être identifié à l'Administration publique qui ne dispose pas d'un tel pouvoir. D'autre part, même en considérant le chef de l'Etat comme la suprême autorité hiérarchique de l'exécutif, il convient de mettre en relief que dans ce rôle, il ne pourrait être appelé

(7bis) Per un più ampio discorso sul problema, vedi S. Carbonaro « Le interferenze funzionali ».

à décider le recours administratif qui est concédé « contre la légitimité des dispositions administratives » *au sujet desquelles des demandes de réparations par voie hiérarchique sont épuisées ou ne peuvent être proposées* (8) ou, comme on a disposé encore par une expression diverse mais substantiellement équivalente » contre l'acte définitif émané en siège administratif, sur le recours présenté par voie hiérarchique (9). Par conséquent, quelle que soit la nature de la procédure par voie extraordinaire (juridictionnelle, parajuridictionnelle ou administrative) et quelle que soit, corrélativement, la nature du décret par lequel le Président de la République décide le recours extraordinaire (arrêt ou acte administratif), nous devons affirmer en accord avec ce qu'a fait le Conseil d'Etat durant trois quarts de siècle, que le décret décisionnel est intangible par n'importe quelle autre autorité juridictionnelle et que, à notre avis et en vertu de la considération que nous venons de faire, cette intangibilité ne contraste pas avec l'article 113 de la Constitution qui, répétons-le, assure toujours la tutelle juridictionnelle contre les actes (clicet ; mesures administratives) de l'Administration publique, mais non contre les actes, même administratifs, d'une autorité autre que l'Administration publique, qui, nous l'avons vu, est le Président de la République, tout au moins dans l'exercice de l'activité de décision sur recours extraordinaire. A ceux qui soutiennent que le décret qui décide le recours par voie extraordinaire provient substantiellement de l'Administration publique en appuyant cette thèse sur la considération que, au fond, le Ministre instruit le recours et que, dans ce cas, c'est-à-dire quand le Ministre n'entend pas s'aligner à l'avis obligatoire du Conseil d'Etat, intervient, en siège consultatif, le Conseil des Ministres, organe collégial qui représente l'expression maximale de l'Administration publique, nous répondrons qu'au stade de la législation en vigueur, rien n'interdit au Président de la République de décider en désaccord avec l'avis émis par l'assemblée générale du Conseil d'Etat et en désaccord avec l'avis, contraire ou conforme à ce dernier éventuellement émis par le Conseil des Ministres.

L'intention du Ministre instructeur de ne pas se rallier à l'avis du Conseil d'Etat comporte uniquement l'obligation pour le Ministre même d'entendre le Conseil des Ministres et pour le Président de la République de mettre en évidence, dans le décret, que cette obligation a été accomplie et d'énoncer le motif pour lequel on a pris le parti de

(8) Art. 12 TU Conseil d'Etat, approuvé le 2 juin 1889.

(9) Art. 34 TU Conseil d'Etat, approuvé le 26 juin 1924, n° 1054, modifié par DL 23 octobre 1924, n° 1672 et par loi 8 février 1925, n° 88.

ne pas se rallier à l'avis du Conseil d'Etat ; le tout se résoud ainsi en une charge de procédure qui a amené certains auteurs (10) à qualifier l'avis en question du Conseil d'Etat de *partiellement liant*, expression qui peut induire en erreur. En vérité, la loi ne qualifie ni l'un ni l'autre avis de liant ; la figure juridique de l'avis liant dans la dogmatique administrative est tout à fait exceptionnelle et doit être explicitement prévue par une disposition, l'application n'en étant pas permise, dans le silence de la loi. Le principe de stricte légalité de l'avis liant se justifie si l'on considère que celui-ci comporte toujours le déplacement de la référébilité de l'acte à un sujet autre que celui qui l'émet formellement ; dans l'espèce, il y aurait le déplacement de la paternité du dispositif du décret qui décide le recours extraordinaire, de l'organe de décision (Président de la République) à l'organe consultatif (Conseil d'Etat ou, éventuellement, Conseil des Ministres).

A ceux qui voudraient affirmer que le décret qui décide le recours extraordinaire provient substantiellement de l'Administration publique en se basant sur la considération qu'il est soumis à l'enregistrement de la part de la Cour des comptes qui est l'organe de contrôle de légitimité des actes de l'Administration publique, nous répondrons qu'une telle observation est sans portée. Il faut tenir compte, en fait, de ce qu'il existe une compétence générale, comme telle faisant abstraction du contenu, de l'organe de contrôle cité, à viser et à enregistrer des décrets de provenance royale, à moins que la loi ne les exempte explicitement du visa et de l'enregistrement. Les décrets royaux exemptés des telles formalités sont expressément et taxativement énumérés dans le RD du 27 juillet 1934, n° 1.332 duquel s'est occupé récemment le Ministre pour la réforme bureaucratique, par un schéma de décret de loi (11), aux fins de l'ajourner constitutionnellement, ainsi que dans le but, qui ne nous semble pas atteint dans ledit schéma, « d'accélérer les contrôles de la Cour des comptes ».

Le décret décidant le recours extraordinaire ne compte pas parmi ceux expressément exemptés du visa et de l'enregistrement. Nous estimons ainsi que le critère qui le fait assujettir au contrôle de la Cour des comptes, est un critère de provenance subjective, et non un critère substantiel. Avec les précautions dues, on pourrait ici rappeler la

(10) Voir MIELE, *Principi di diritto amministrativo*.

(11) Notes n° 6485/523/21 du 22 juillet 1964 de transmission à la Cour des comptes du schéma de projet de loi concernant la délégation au gouvernement à émaner des dispositions pour la simplification des contrôles. Dans le schéma est reconnu, entre autres, que « plusieurs actes suivent la procédure du contrôle par effet d'une interprétation donnée à l'expression « actes de Gouvernement » mais sans qu'il y ait des raisons effectives ». Il ne semble pas pourtant que l'inconvénient ait été éliminé par le schéma en question.

dernière partie de l'article 2 du schéma de loi mentionné en note, préparé par le Ministre pour la réforme bureaucratique et partagé par le Président du Conseil des Ministres qui dit textuellement : « seront également exemptés du visa et de l'enregistrement de la Cour des comptes, *quel qu'en soit l'objet* et à condition qu'ils ne comportent pas de charges pour le bilan de l'Etat, *les actes de compétence*, selon les dispositions en vigueur du *Président de la République*, au cas où la compétence à les émettre soit, aux fins de simplifier l'action administrative, *transférée à d'autres organes*. Il est évident que le critère de la provenance subjective a été l'informateur presque exclusif de la disposition citée. D'autre part, en ce qui concerne les limites du contrôle de la Cour des comptes sur le décret du Chef de l'Etat qui décide le recours extraordinaire, il nous semble que doit prévaloir la thèse du Conseil d'Etat qui l'admet uniquement en matière de légitimité formelle et nous n'ajoutons rien de plus sur ce problème qui se présente comme l'un des plus contrastés en doctrine.

Il aurait toutefois été intéressant de connaître le contenu de la décision de la Section de Contrôle de la Cour des comptes qui avait été appelée à se prononcer sur un refus d'enregistrement d'un décret du Chef de l'Etat émis sur recours extraordinaire. L'officier de contrôle compétent avait, par une feuille d'observation, soulevé une exception à l'égard du décret du Chef de l'Etat, étant donné qu'il ne ressortait pas des actes la date d'introduction du recours décidé par le décret repoussé ; dans la réponse à l'exception citée, l'administration affirmait l'incompétence de la Cour à examiner si la présentation du recours avait eu lieu en temps dû ; devant un tel contraste, l'officier de contrôle avait décidé de déférer le cas à la Section de la Cour des comptes afin qu'elle détermine s'il convenait de répondre en insistant dans l'exception ou si, au contraire, il fallait après avoir accepté les déterminations de l'Administration, enregistrer l'acte en question. Malheureusement, la section n'a pas pu se prononcer à ce propos, étant donné que le représentant de l'Administration a, dans la phase préliminaire, produit des documents incontestables sur le respect des termes du recours ; par conséquent a été établi l'enregistrement du décret qui le décidait. A celui qui voudrait objecter que l'intangibilité du décret décidant le recours extraordinaire est relative du moment qu'on peut l'impugner conformément à l'interprétation jurisprudentielle constante du Conseil d'Etat, pour vices formels inhérents à la procédure, nous répondrons que l'observation ne prouve rien en ce qui concerne l'intangibilité substantielle de l'acte. D'autre part, la subdivision des compétences entre deux organes n'est pas un fait isolé ; on sait en fait que, en siège de juridiction ordinaire,

l'arrêt peut-être, en principe, impugné en cassation pour « erreurs in procedendo », mais la décision sur les faits appartient au juge de mérite, auquel doit être renvoyé l'arrêt éventuellement cassé pour motifs de procédure.

Toutes les constatations faites jusqu'ici sur la deuxième partie du problème qui nous occupe, nous permettent d'affirmer maintenant que le contre-intéressé ne peut même pas dans la phase de résolution du recours extraordinaire, dans le cas où il s'agit de décret de réception, se plaindre, au moyen de l'impugnation du décret, en invoquant pour lui l'application de l'article 113 de la Constitution.

Il reste démontré, pourtant, tout au moins pour nous, que la sentence n° 1 de la Cour constitutionnelle du 1^{er} février 1964, même dans le passage qui affirme que... « la résolution du recours extraordinaire n'assure pas aux contre-intéressés la possibilité de la tutelle juridictionnelle », est dénuée de fondement parce qu'elle se préoccupe d'un intérêt, limitativement au cas de réception du recours par voie extraordinaire, lésé par un acte décisoire du Président de la République. que l'article 113 n'entend pas protéger parce que ce dernier s'occupe uniquement, en l'assurant toujours, de la tutelle contre les actes lésants de l'Administration publique et non contre les actes d'une autre Autorité (Président de la République) qui n'est certainement pas identifiable à l'Administration publique, tout au moins dans l'exercice de l'activité de décision sur recours par voie extraordinaire. Les contre-intéressés ne sont donc pas destinataires de l'article 113 de la Constitution et, par conséquent, ne peuvent en invoquer l'application dans la mesure où ils sont porteurs d'un intérêt qui, *dans la phase d'introduction du recours*, n'est pas lésé, mais reconnu par un acte de l'Administration publique ; *en phase de résolution*, limitativement à l'hypothèse de réception du recours extraordinaire, bien qu'étant porteur d'un intérêt lésé, la lésion n'advient pas à l'aide d'un acte de l'Administration publique, dans la signification qui lui est attribuée, par l'article 113 de la Constitution, mais d'un acte provenant d'une autorité diverse.

En conclusion, la présente étude vise à affirmer :

1. Que l'article 34 du TU 26 juin 1924, n° 1.054 sur le Conseil d'Etat est constitutionnellement légitime parce qu'il respecte dans la phase de l'introduction du recours qui est l'unique qu'il prend en considération, cette tutelle juridictionnelle sanctionnée par l'article 113 de la Constitution, puisqu'il assure ses possibilités de réalisation à l'intéressé (par la voie du libre choix) et au contre-intéressé (à travers l'option par la voie juridictionnelle) qui, en définitive, sont les

uniques porteurs d'intérêts qualifiés protégés et protégeables sur la base de la norme constitutionnelle rappelée.

2. Que l'orientation juridictionnelle du Conseil d'Etat qui a sanctionné, en plusieurs arrêts, le principe de l'intangibilité du décret qui décide le recours extraordinaire, est acceptable et ceci également à la lumière de la Constitution qui, tout au moins dans l'article 113, n'entend pas protéger les dommages déterminés par des dispositions d'autorités diverses de l'Administration publique.

3. Que, en conséquence, l'article 113 de la Constitution ne s'occupe, ni directement, ni indirectement, des contre-intéressés qui ne sont, ni ne peuvent en être les destinataires.

4. Que l'arrêt n° 1 du 1^{er} février 1964 de la Cour constitutionnelle est dénué de fondement, tout au moins en ce qui concerne la motivation, du moment qu'il se préoccupe de la tutelle constitutionnelle d'intérêts que la même constitution ne se préoccupe pas de protéger. En vérité, nous ne savons comment définir la position de l'arrêt cité, qui déclare illégitime, à la lumière d'une disposition constitutionnelle (art. 113) une partie d'un article de loi ordinaire (article 34 t.u. sur le Conseil d'Etat) parfaitement respectueux de la disposition statutaire que l'on présume, tout au moins pour nous, injustement, violée.

