Partie V – Les sources du droit administratif

Les sources du droit administratif sont l'ensemble de règles qui fondent et encadrent l'action administrative. Le principe de légalité est l'expression du principe de l'État du droit : toute action administrative doit se fonder et se conformer au droit en vigueur.

Au début, le principe de légalité imposait à l'Administration de se conformer uniquement à la loi. Comme évoqué dans les précédents cours, le droit administratif comme droit spécifique et autonome commence à faire son apparition bien avant l'entrée en vigueur de la Constitution, de la naissance de l'Union européenne et de l'adhésion de la France à l'ordre international. C'est au fur et à mesure, et contextuellement à ces grands changements juridico-politiques, que le paramètre de légalité c'est enrichi, incorporant les sources constitutionnelles (**Section I – Les sources constitutionnelles**), internationales (**Section V – Les sources internationales**) et européennes (**Section VI – Les sources du droit de l'Union européenne**). Avec l'adoption de la nouvelle Constitution de 1958, le domaine de la loi (**Section II – Les sources législatives**) a dû céder partie de sa compétence au règlement (**Section III – Les sources règlementaires**). A côté de ces instruments textuels, le droit administratif reste naturellement un droit jurisprudentiel (**Section IV – Les sources jurisprudentielles**).

Section I – Les sources constitutionnelles

Deux questions se posent : quelles sont les sources ayant une valeur constitutionnelle (**I**) (en d'autres termes, quelles sont les textes et principes auxquels l'Administration doit se conformer ?) ; et quelles sont les modalités de sanction des actes administratifs non conformes à ces sources (**II**).

I. La consécration des sources constitutionnelles

L'avènement de l'État constitutionnel a façonné profondément le droit administratif français. A côté de la loi, les sources constitutionnelles ont acquis une double fonction par rapport à l'action administrative : d'une part, elles vont *fonder* l'action administrative, c'est-à-dire elles habilitent certaines institutions à agir, leur permettant de poursuivre des finalités d'intérêt général. D'autre part, la constitution *encadre* l'action administrative, lui imposant des limites. Les requérants pourront invoquer la Constitution et faire annuler les actes administratifs qui la méconnaissent. En ce sens*, les sources constitutionnelles sont à la fois le fondement et la limite de l'action administrative*. Deux typologies des sources constitutionnelles existent : celles écrites (**A**) et celles non écrites (**B**).

A. Les règles écrites

Le « bloc de constitutionnalité » est composé par plusieurs sources (**1**), dont la valeur constitutionnelle a été reconnue au fur et à mesure par le Conseil Constitutionnel et par le Conseil d'État (**2**).

1. Le « bloc de constitutionnalité »

1. Quand on parle des sources constitutionnelles, le premier texte à analyser est la **Constitution de 1958**, qui contient deux catégories de règles : (1) les règles de compétence, qui créent les institutions

et leur confèrent des compétences (2) et certaines règles de fond, par exemple le principe d'égalité devant la loi, le principe d'égalité entre homme et femme (art. 1).

Mais, à vrai dire, la majorité des droits et libertés sont reconnues par des textes différents de la Constitution de 1958, évoqués par son préambule, qui les a intégrées :

> *« Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. ».*

2. On trouve tout d'abord la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789** qui consacre les droits civils et politiques. Au moment de la Révolution, les préoccupations principales étaient l'égalité devant la loi (art. 6) et la liberté individuelle (art. 7). Selon une conception jusnaturaliste, la Déclaration considère ces droits comme absolus et sacrés, préexistantes à la naissance de l'État comme organisation socio-politique.

3. Le deuxième texte évoqué est le **Préambule de la Constitution de 1946**, adopté après la fin de la Deuxième Guerre mondiale :

> ***« 1.*** *Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.*
> ***2.*** *Il proclame, en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après […] ».*

Le Préambule rappelle à son tour la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, mais fait également référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », dont on a déjà parlé dans les précédents cours. En même temps, le Préambule proclame des droits nouveaux, qualifiés de « particulièrement nécessaires à notre temps », qui ont une connotation plus économique et sociale (sortant de la seconde guerre mondiale, l'objectif principal était celui de construire un état social). Un principe politique est par exemple le droit d'asile, un droit social est par exemple le droit de grève, la liberté syndicale, le droit à l'emploi, le droit à la santé et à l'éducation. Le Conseil constitutionnel a par ailleurs exclu toute hiérarchie entre les différentes normes auxquelles le Préambule fait référence (CC, 16 janvier 1982, Loi de nationalisation, n° 81-132 DC).

4. Enfin, le Préambule de la Constitution cite la **Charte de l'environnement de 2004**. Ce texte consacre par exemple le droit de respirer un environnement sain, le droit à une information sur toutes les décisions environnementales, ou le droit à la participation aux décisions environnementales.

2. La reconnaissance de la valeur constitutionnelle

Si le préambule de la Constitution de 1958 consacre ces sources, la première question que l'on peut se poser est : quelle est la portée effective de ces dernières ? La constitution est une source de droit souple, c'est-à-dire une déclaration des grands principes, mais qui ne sont pas vraiment des règles juridiques directement invocables par les justiciables, ou il s'agit du droit dur ? La réponse du juge a évolué.

5. Au début, le juge tendait à considérer la Constitution comme non suffisamment précise pour avoir une valeur de droit dur. En raison de la matrice légicentriste de la culture française, certains avaient soutenu qu'il fallait une loi pour donner une valeur juridique à ces déclarations.

Le juge administratif avait reconnu une certaine valeur juridique à ces déclarations, sans pourtant leur attribuer une valeur constitutionnelle. Il s'est limité à en faire application dans des contentieux, en considérant ces principes comme des « principes généraux du droit », n'ayant pas de valeur constitutionnelle. Le Conseil d'État a, par exemple, considéré le principe d'égalité devant la loi comme un principe général du droit (CE, 9 mai 1913, *Sieurs Roubeau*), le droit de grève comme un « principe particulièrement nécessaire à notre temps » (CE, 7 juillet 1950, *Dehaene*) ou la liberté d'association comme un « principe fondamental reconnu par les lois de la République » (CE, 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*). Le Conseil d'État a ensuite reconnu que la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 constitue une source de la *légalité* administrative (la valeur *constitutionnelle* n'est pas encore reconnue) (CE, 12 février 1960, *Société Eky*).

6. Dans un deuxième moment, dans son arrêt du 29 novembre 1968, *Tallagrand*, le Conseil d'État a reconnu que peuvent être directement invoquées par l'administré les dispositions des textes constitutionnels, mais à deux conditions : soit, le texte dispose d'un certain degré de précision (les dispositions sont claires et précises), soit une loi est venue en préciser les modalités d'application. Dans le cas d'espèce, était en cause l'alinéa 12 du préambule de la Constitution de 1946 (égalité de tous devant les charges résultant des calamités nationales). Le Conseil d'État a reconnu que le principe ainsi posé, en l'absence de disposition législative précise, ne pouvait pas servir de base à une action contentieuse en indemnité parce qu'il était trop général. En d'autres termes, il pose le principe selon lequel *seulement les droits consacrés par des dispositions suffisamment précises peuvent fonder une action en nullité contre les actes administratifs qui leur sont contraires.*

7. La décision de justice qui a constitué une véritable révolution c'est une décision du Conseil constitutionnel : **CC, 16 juillet 1971, *Liberté d'association***. A cette occasion, le Conseil constitutionnel a reconnu la valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958. Depuis 1971, la valeur juridique et constitutionnelle du Préambule de la Constitution est inattaquable : il s'agit du droit constitutionnel. Le juge constitutionnel n'a pas attendu longtemps pour reconnaître une valeur constitutionnelle également à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (CC, 27 décembre 1973, *Loi de finances pour 1974*). Enfin, c'était sa décision **CC, 15 janvier 1975, *IVG*** sur la légalisation de l'avortement qui a reconnu une valeur de droit positif de valeur constitutionnelle au Préambule de 1946. Le Conseil constitutionnel avait ainsi adopté une position très claire sur la question de la valeur juridique des textes constitutionnels.

8. Au début du XXIème siècle la Charte de l'environnement est adoptée et le débat sur l'application directe de la source constitutionnelle ressort, alors qu'on le croyait clos. Que va faire le juge administratif ? Au début, il se refuse encore de donner application aux dispositions trop imprécises.

Le Conseil Constitutionnel lui met de la pression, et rappelle que la Charte de l'environnement a valeur constitutionnelle dans toutes ses dispositions, même celles non précises (CC, 19 juin 2008, *OGM*).

9. Quelques mois après le Conseil d'État a eu l'occasion de se prononcer sur la valeur juridique de la Charte de l'environnement (**CE, 2008, *Commune d'Annecy***). Le Conseil d'État devait juger si l'art. 7 de la Charte était suffisamment précis pour être directement appliqué. Néanmoins, il saisit l'occasion pour suivre la position du Conseil constitutionnel en reconnaissant non seulement que l'art. 7 était directement applicable, mais que *toutes les dispositions de la Charte* ont valeur constitutionnelle, même celles qui ne sont pas précises. Il va même plus loin. Il reconnaît que *toutes les déclarations des droits* (DDHC de 1789, Préambule de la Constitution de 1946 et Charte de l'environnement) ont valeur constitutionnelle. Le Conseil d'État met ainsi un terme au débat sur l'applicabilité directe des déclarations de droit en adhérant à la position du juge constitutionnel.

B. Les règles non écrites

Le préambule de la Constitution de 1946, qui a valeur constitutionnelle depuis la décision *IVG* de 1975, fait référence aux « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (**1**) et aux principes « particulièrement nécessaire à notre temps ». Le Préambule ne fait pas une liste exhaustive de ces principes : le juge constitutionnel et administratif ont alors fait preuve d'une certaine créativité dans la consécration des nouveaux principes de valeur constitutionnelle (sources non écrites) sur la base de ces « clauses ouvertes ». Ils sont allés même plus loin : ils ont reconnu d'autres principes constitutionnels (**2**) et les objectifs à valeur constitutionnelle (**3**) indépendamment d'une reconnaissance textuelle de ces catégories.

1. Les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » (PFRLR)

10. Cette catégorie est évoquée dans le Préambule de 1946, sans pourtant être définie. Comme l'évoque Jean Rivero, on peut se demander : quels principes ? quelles lois ? quelle République ? (J. Rivero, « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle ? » in *D.* 1972. Chron. 266). Le flou du texte attribue aux juges un certain marge de manouvre pour reconnaitre au fur et à mesure les composantes de cette notion.

11. Tout d'abord, c'est le Conseil constitutionnel qui a dégagé, sur la base de ce texte, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, tels que la liberté d'enseignement (CC, 20 janvier 1984, *Loi relative à l'enseignement supérieur*), l'indépendance de la juridiction administrative (CC, 22 juillet 1980, *Validations d'actes administratifs*), la compétence exclusive de la juridiction administrative pour l'annulation, la réformation des décisions prises dans l'exercice des prérogatives des personnes publiques (CC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*). Il a en outre considéré que n'est pas un principe fondamental le mariage entre homme et femme. Le mariage pour tous est

ainsi reconnu comme PFRLR (CC, 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*).

12. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs précisé les caractères de ces principes dans une décision CC, 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie* : pour pouvoir être qualifié en tant que PFRLR (1) le principe doit contenir une règle assez générale et importante pour intéresser les domaines essentiels de la vie de la Nation ; (2) il doit trouver une base textuelle dans un régime politique d'avant 1946 ; (3) et doit faire l'objet d'une application continue. Il ne doit pas avoir été remis en cause par une loi républicaine : en d'autres termes, le principe doit s'inscrire dans la tradition des lois libérales et sociales de la III^{e} République (peu importe qu'ils aient été remis en cause par des régimes non républicains comme celui de Vichy).

13. Le juge administratif s'est fondé directement sur les principes reconnus par la jurisprudence du Conseil constitutionnel pour dégager des PFRLR. Ainsi, dans un arrêt du 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs titulaires du Muséum d'Histoire naturelle* le Conseil d'État s'est référé au principe fondamental de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur, tel que l'avait énoncé le Conseil constitutionnel dans une décision du 20 janvier 1984.

14. Il arrive également que le conseil d'État consacre lui-même l'existence d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République, indépendamment de l'existence d'une jurisprudence constitutionnelle en ce sens. Il a ainsi reconnu un PFRLR selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique et alors même que le conseil constitutionnel ne s'était pas encore prononcé sur ce point (CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*).

2. Les principes à valeur constitutionnelle (PVC)

15. Il s'agit des principes que le Conseil constitutionnel reconnait comme de valeur constitutionnelle. Ces derniers s'imposent ainsi au législateur. Le Conseil a par exemple considéré que sont des principes à valeur constitutionnelle la dignité humaine (CC, 27 juillet 1994, *Bioéthique*) ; la fraternité (CC, QPC, 6 juillet 2018, *M. Cédric Herrou et autres*) et la liberté d'entreprendre (CC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*).

3. Les objectifs de valeur constitutionnelle (OVC)

16. Il s'agit d'une catégorie crée dans une décision CC, 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle* : « *il appartient au législateur de concilier […] l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, avec […] les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels.* ».

Il s'agit des objectifs que le législateur doit poursuivre. En ce sens, ils constituent des intérêts, plutôt que des nouveaux droits subjectifs attribués aux individus. En d'autres termes, l'OVC est un but constitutionnalisé que le législateur doit poursuivre et non pas un droit subjectif. Le Conseil constitutionnel a considéré que l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi est un OVC (CC, 16

décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*).

II. La sanction des sources constitutionnelles

Après avoir reconstruit le processus par lequel le juge a reconnu la valeur constitutionnelle des sources écrites et non écrites en identifiant le « bloc de constitutionnalité », il s'agit maintenant de voir quelles sont les conséquences du contrôle de constitutionnalité sur les actes administratifs (**A**) et les lois (**B**).

A. Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs

1. Portée

17. Comme vu *supra,* le Conseil d'État avait reconnu la constitutionnalité du Préambule de la Constitution de 1946 dans l'arrêt *Commune d'Annecy*. A cette occasion, néanmoins, **le juge administratif avait ajouté que, si toutes les dispositions ont une valeur constitutionnelle, cela ne veut pas dire qu'elles sont toutes *directement* applicables**. Il avait alors distingué la *valeur* de la *portée* du texte.

En d'autres termes, la *valeur* est toujours constitutionnelle. Toutes les sources du bloc ont une valeur constitutionnelle.

En revanche, la *portée,* c'est-à-dire l'invocabilité de ces textes, change selon le degré de précision de la disposition. Les dispositions qui ne sont pas suffisamment précises ne pourront pas servir de base directe à la reconnaissance d'un droit subjectif au profit d'un particulier. En revanche, elles pourront normalement être invoquées dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte réglementaire.

Les dispositions suffisamment précises pourront en revanche être invoquées à la fois dans le contentieux objectif (contestation de l'acte administratif dans un recours pour excès de pouvoir) et dans le contentieux subjectif (reconnaissance d'un droit subjectif).

En guise de synthèse, le fait que toutes les déclarations aient une valeur constitutionnelle ne signifie pas que toutes les dispositions de la Constitution vont avoir la même portée. L'égalité de valeur n'implique pas l'égalité de force : seulement celles suffisamment précises seront directement invocable dans les contentieux subjectifs, alors que toutes les dispositions (précises et imprécises) pourront être mobilisées dans les contentieux objectifs.

18. La jurisprudence *Commune d'Annecy* introduit alors une nouvelle distinction. Avant, la distinction était entre les énoncés qui avait valeur juridique et ceux qui n'en n'avaient pas (et qui avaient une portée plus symbolique que juridique).

Désormais tout est du droit ayant une valeur constitutionnelle ; la distinction concerne en revanche les effets : tous les énoncés peuvent être invoqués dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir

pour obtenir l'annulation d'un règlement administratif. Un acte administratif réglementaire est un acte général et impersonnel : on peut donc le mobiliser même une règle générale et imprécise. En revanche, pour obtenir des effets sur une situation individuelle subjective le Conseil d'État va exiger que les énoncés doivent être un peu plus précis.

19. A titre d'exemple, dans son jugement du 28 août 2018, *Commune de Besançon* le Tribunal Administratif de Besancon confirme que le principe de fraternité reconnu par le Conseil constitutionnel est un principe de valeur constitutionnelle, qui implique d'aider autrui, mais il considère que l'énoncé n'est pas suffisamment précis et, par conséquent, il ne peut pas être directement invoqué dans un contentieux subjectif. Dans le même sens, le Conseil d'État (8 septembre 2005, *Bunel*) a jugé que si l'alinéa 11 du préambule de 1946 reconnaissant le droit à la santé a une valeur constitutionnelle, mais il n'est pas invocable dans le cadre du référe liberté, ayant une formulation trop générale.

2. Conséquences de l'incompatibilité entre acte administratif et source constitutionnelle

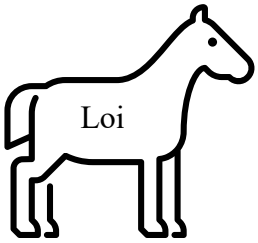
20. Le principe de la légalité n'a d'efficacité que s'il est assorti d'un contrôle destiné à assurer la constatation de la nullité de l'acte illégal en tant qu'inconstitutionnel. Ce contrôle est fait par le juge administratif, qui doit veiller à ce que tous les actes adoptés par l'administration soient constitutionnels. **La sanction du principe de la légalité, c'est la nullité de l'acte administratif**, qui disparait de l'ordre juridique de manière rétroactive. L'acte illégal est nul et, par conséquent, censé n'avoir jamais existé ni produit d'effet. Le juge administratif est donc, d'une certaine manière, un juge constitutionnel, parce qu'il contrôle la constitutionnalité des actes administratifs.

L'obtention d'une annulation d'un acte administratif est un effet important. Aujourd'hui si on mobilise la Constitution on a des effets concrets : on annule *a minima* un acte administratif réglementaire, ce qui montre combien l'adoption de la Constitution a façonné le paysage du droit administratif.

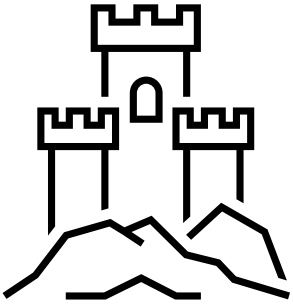
B. Le contrôle de constitutionnalité de la loi

21. Comme vous le savez, le juge compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois est le Conseil constitutionnel. Ce dernier peut faire un contrôle de constitutionnalité *a priori* (avant la promulgation de la loi), et, depuis 2008, *a posteriori,* grâce au mécanisme de la Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC). Vous savez que *ni le juge judiciaire ni le juge administratif n'est pas compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi.*

22. Le problème qui pourrait se poser est le suivant : un requérant pourrait saisir le juge administratif d'un recours contre un acte administratif, qui est adopté sur le fondement d'une loi (dans le cas par exemple, d'un règlement d'exécution). Or, le requérant pourrait soutenir que l'acte administratif est inconstitutionnel, parce qu'il est adopté sur le fondement d'une loi inconstitutionnelle. En contrôlant la constitutionnalité de l'acte administratif, le juge administratif sera forcément amené à contrôler de manière indirecte la constitutionnalité de la loi. L'acte administratif constituerait une sorte de « cheval de Troie », cachant une loi. En contrôlant l'acte, le juge contrôlerait aussi la loi, ce qu'il ne peut pas faire.



Règlement



Contrôle de constitutionnalité
du juge administratif

Dans ces cas, le Conseil d'État s'est traditionnellement refusé de contrôler la constitutionnalité de l'acte administratif : c'est la théorie de la « loi-écran » (**1**). Deux exceptions sont pourtant apparues (**2**).

1. Un refus historique : la théorie de la « loi-écran »

23. La théorie de la « loi-écran », développée par la jurisprudence administrative, implique qu'un acte administratif pris conformément à une loi mais contraire à la Constitution ne peut pas être entaché d'inconstitutionnalité, la loi faisant écran entre l'acte administratif et la Constitution. En effet, si on admet une telle sanction, le juge administratif aurait *de facto* sanctionné l'inconstitutionnalité de la loi, ce qu'il ne peut pas faire, n'étant pas juge de la loi. Cette théorie a été affirmé par l'arrêt fondateur du **Conseil d'État du 6 novembre 1936, *Arrighi***. Dans le cas d'espèce, le Conseil d'État a considéré que le moyen de l'inconstitutionnalité de l'acte était inopérant. En d'autres termes, il a décliné sa compétence pour contrôler la constitutionnalité d'un acte administratif pris en exécution d'une loi.

24. Pourquoi le juge administratif ne peut pas juger de l'inconstitutionnalité d'une loi ? D'une part, pour la tradition française légicentriste selon laquelle la loi est l'expression de la volonté générale. Si la loi est l'expression de la souveraineté de la Nation et de la volonté générale, elle ne peut pas malfaire, elle est infaillible. D'autre part, pour le principe de séparation des pouvoirs : le contrôle de la constitutionnalité de la loi de la part du juge reviendrait à admettre que ce dernier peut s'immiscer dans la sphère d'action du parlement. C'est seulement le Conseil constitutionnel, organe judiciaire spécialisé, qui détient la compétence du contrôle et de la sanction de la loi.



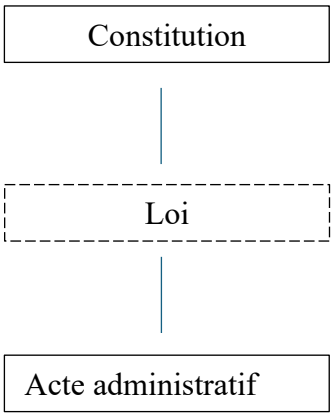
2. Les limites à l'écran de la loi

Deux exceptions à cette théorie sont apparues : d'une part, cette théorie rencontre des dérogations de matrice jurisprudentielle, et, d'autre part, le Conseil d'État a commencé à participer indirectement au contrôle de constitutionnalité de la loi par la voie de la QPC.

25. La première limite, de nature jurisprudentielle, est définie comme la théorie de **l'écran « transparent** ». Le juge administratif a accepté de contrôler la constitutionnalité d'un acte administratif transposant une loi en deux hypothèses.

Première hypothèse. Le juge administratif a admis de contrôler la constitutionnalité d'un règlement administratif fondé sur une loi, lorsque cette loi ne détermine pas une règle de fond, mais une règle de compétence (par exemple, une loi d'habilitation) (**CE, 17 mai 1991, *Quintin***). Dans ces cas, si l'acte administratif est inconstitutionnel, ce n'est pas la faute de la loi parce qu'elle ne donne pas des règles de fond. Dans ce cas, si le pouvoir réglementaire adopte une norme inconstitutionnelle c'est uniquement « sa faute » : l'acte administratif sera touché d'un vice propre, qui ne sera pas dû à la loi sur le fondement de laquelle il est adopté. L'écran législatif ne fait pas obstacle à ce que le juge administratif contrôle la constitutionnalité de l'acte. On dit que l'écran est *transparent*.

Deuxième hypothèse, le Conseil d'État a considéré que lorsque l'acte règlementaire ne s'est pas borné à tirer les conséquences nécessaires de la loi et le pouvoir règlementaire a ainsi « légiféré » en dehors des limites imposés par la loi, l'écran législatif devient également transparent (CE, 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*).



26. L'autre limite à la théorie de la loi écran est le mécanisme de la QPC. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un mécanisme pour contrôler la constitutionnalité d'une loi *a posteriori*. Cette réforme va limiter l'importance pratique de la loi écran. En effet, si les requérants pensent qu'un acte administratif est inconstitutionnel, bien qu'il soit conforme à une loi qui lui sert de fondement, ils pourront contourner le problème de la loi écran, en soulevant une Question Prioritaire de Constitutionnalité. Le requérant va soutenir que la loi sur la base de laquelle l'acte a été adopté est inconstitutionnelle.

Dans ce cas, le Conseil d'État ne statue pas sur la constitutionnalité de la loi mais agit comme un « filtre » du contrôle de constitutionnalité. Seulement à certaines conditions il pourra renvoyer la question au Conseil Constitutionnel : il va contrôler que (1) la loi est applicable à la procédure ou qu'elle constitue le fondement de la procédure (2) elle n'a pas été déjà été déclarée conforme à la Constitution et que (3) la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux.

En ce sens, en tant que juge de renvoi, le Conseil d'État participe, même si de manière liminaire, au processus du contrôle de constitutionnalité des lois. Certes, il ne peut pas juger que la loi est inconstitutionnelle, mais il peut considérer cependant que la question n'est pas sérieuse ; autrement dit, il peut juger que la disposition est 'évidemment' constitutionnelle.

***

En conclusion, est-ce que on peut dire que les citoyens ont un rapport direct avec leur Constitution ?

D'une part, on ne peut pas nier que le citoyen est désormais beaucoup plus proche de sa Constitution qu'il ne l'était jadis. Les obstacles à l'invocation de la Constitution ont été progressivement levés :

- Le juge a reconnu que toutes les dispositions constitutionnelles sont du droit dur. Ça rapproche les citoyens de la Constitution parce qu'on peut mobiliser n'importe quelle disposition de la Constitution pour attaquer un acte de l'administration.
- Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont interprété la constitution en dégageant plusieurs principes, tout en faisant preuve d'une véritable créativité.

Mais d'autre part, est-on vraiment proche de la Constitution ? La portée de certains droits et libertés est réduite :

- On ne peut pas invoquer par exemple l'objectif de valeur constitutionnelle, ou les principes ayant une formulation trop générale.
- En l'état actuel, tous les citoyens dans leur ensemble n'ont pas accès à tous les biens que leur promet leur Constitution. Les différences sociales influencent l'accessibilité effective à la protection constitutionnelle (en ce qui concerne, par exemple, les catégories moins favorisées, comme les personnes sans domiciles). Comme le relève X. Domino : « *c'est à ses marges, dans le sort par exemple qu'il réserve aux minorités ou aux opprimés, ou bien dans la façon dont il fonctionne dans des circonstances exceptionnelles, qu'un État de droit révèle sa force, éprouve la profondeur des mécanismes de contrôle qui sont les siens ou qu'il dévoile au contraire ses faiblesses, et les révélatrices lacunes dont il peut souffrir.* »