

ARTICLE DE LA REVUE JURIDIQUE THÉMIS

On peut se procurer ce numéro de la Revue juridique Thémis à l'adresse suivante :

Les Éditions Thémis

Faculté de droit, Université de Montréal

C.P. 6128, Succ. Centre-Ville

Montréal, Québec

H3C 3J7

Téléphone : (514)343-6627

Télécopieur : (514)343-6779

Courriel : themis@droit.umontreal.ca

© Éditions Thémis inc.

Toute reproduction ou distribution interdite
disponible à : www.themis.umontreal.ca

Remarques sur la validité des actes unilatéraux en droit administratif français

Jean-Charles JOBART*

Résumé

La validité est le fait pour une norme d'exister et de pouvoir produire des effets en droit. Selon les théories formelles, un acte est valide car conforme aux normes qui lui sont supérieures. L'acte administratif unilatéral serait donc valide du fait de sa légalité. Or des actes administratifs peuvent être illégaux et produire des effets de droit, c'est-à-dire exister. Le retrait par l'administration ou l'annulation par le juge, bien que rétroactifs, ne nient pas l'existence de tels actes mais tentent d'en neutraliser les effets en les invalidant du fait de leur illégalité : si la validité d'un acte administratif ne dépend pas de sa légalité, son illégalité peut entraîner son invalidation. La validité d'un acte dépend de la qualité de son auteur : être une autorité administrative capable de créer des normes même infimes. S'y ajoute une seconde condition, confirmée par les cas d'inexistence des actes administratifs, leur objet : l'accomplissement d'une

Abstract

Validity is the fact that a standard does exist and does have consequences in law. According to formal theories, an act is valid when it respects standards that are superior to it. The unilateral administrative act is therefore valid for the only reason that it is legal. Nevertheless, administrative acts can be illegal and have consequences in law. They exist, in spite of the fact that they are illegal. Their withdrawal by the administration or their cancellation by a Court of Justice, even retroactively, cannot suppress the existence of such acts, but attempt to neutralize their consequences by invalidating them because of their illegal nature: if the validity of an administrative act is not a function of the fact that it is legal, the illegality of such an act can cause its invalidation. The validity of an act is a function of the quality of its author: being a competent authority capable of creating standards, however minimal such standards may

* A.T.E.R. de Droit Public, Université des Sciences sociales de Toulouse 1 (IDETCOM-IEID).

mission administrative qui, au nom de l'intérêt général poursuivi, impose le privilège du préalable.

be. There is also another condition, confirmed in cases of inexistence of administrative acts, and it is their very object: the execution of an administrative mission that, on behalf of the general interest being sought, imposes precedence.

Plan de l'article

Introduction	651
I. La validité d'un acte administratif ne peut dépendre de sa légalité	660
A. Validité et origine de l'acte administratif.....	660
1. Validité et conditions d'entrée en vigueur de l'acte administratif.....	660
2. Validité et qualité de l'auteur de l'acte administratif	662
B. Validité et privilège du préalable.....	664
II. L'invalidité d'un acte administratif peut dépendre de son illégalité	667
A. Invalidité et inexistence des actes administratifs	667
B. Invalidité et fin des actes administratifs	670
1. Invalidité et retrait des actes administratifs.....	671
2. Invalidité et annulation des actes administratifs.....	672
Conclusion	676

Anselme, archevêque de Cantorbéry, qui vécut dans le XI^e siècle, pour prouver la nécessité de l'accomplissement d'un mystère du nazaréisme, fait un discours très-long, dans lequel il ne dit rien de ce qu'il devoit dire. Après s'être proposé une difficulté, il ne la résout que par un jeu de mots. « Quelque nécessité, dit-il, exigeoit-elle que la Divinité se revêtît d'un corps humain pour sauver les hommes ? L'Être tout-puissant n'a qu'à vouloir une chose, & l'effet suit toujours sa volonté ». ¹

Au mystère de l'incarnation se substituait celui de l'impénétrable volonté divine. Le droit a aussi ses mystères insondables qui ne sont résolus que par des jeux de mots qui y déposent un voile pudique plus qu'ils ne les dévoilent. Mais le droit n'est-il pas un jeu plus ou moins bien tempéré sur le piano des mots ? Pourquoi le droit est-il droit ? Pourquoi une norme est-elle juridique ? Parce qu'elle est valide, répond-on. Et la réponse sibylline, loin de résoudre le mystère, ne fait que le repousser : au mystère du droit se substitue un mystère de la validité.

La validité a ceci de spécifique et de difficile qu'elle interroge la nature, le critère de la juridicité. Si les rapports des normes vis-à-vis d'autres normes peuvent être perçus au travers du rapport de légalité ; si le rapport des normes vis-à-vis d'autrui est conceptualisé avec l'opposabilité ; la validité, elle, relève d'une ontologie plus fondamentale et mystérieuse : celle du rapport de la norme juridique avec elle-même, celle de son existence en droit, de son appartenance à un ordre juridique. Comme le disait Kelsen, la validité est ainsi le mode spécifique d'existence des normes ².

L'origine du concept de validité est à rechercher dans le droit romain, validité dérivant de *validitas* qui signifie force, vigueur. Le

¹ J.-B. d'ARGENS, *Lettres Juives, ou Correspondance Philosophique, historique & critique, entre un Juif Voyageur en différents États de l'Europe, & ses Correspondants en divers endroits*, T. 1 § 6043.

² Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Ch Eisenmann, Paris, Sirey, 1962, p. 148.

nom dérive lui-même du verbe *valeo* dont la polysémie a laissé son empreinte sur le mot validité. *Valeo* peut en effet signifier être fort, puissant, avoir de la valeur, régner, avoir une signification, ou se porter bien, être en bonne santé³. *Validitas* s'est très vite appliqué au droit : l'expression *ad validitatem* servait à distinguer les éléments essentiels des contrats, nécessaires à leur validité, des éléments accidentels des contrats⁴. Le droit romain, qui n'a jamais introduit de véritable systématisation, établit que la loi seule a le droit de prononcer des nullités. Mais il faut, pour cela, que la peine de nullité soit expressément consignée dans la disposition du législateur. Ce qui oblige à faire une distinction entre deux types de lois : les lois prohibitives, qui annulent tout ce qui se fait contre leurs dispositions⁵, et les lois imparfaites, *imperfectæ leges*, qui n'anéantissent pas les actes qui leur sont contraires. La doctrine classique assimilait le contrat à un organisme. En l'absence d'une des conditions de validité, il était malade et la nullité était relative ; à défaut d'une des conditions d'existence, il était mort-né⁶. La puissance et la santé comprises dans *valeo* se retrouvaient en droit. Il existait donc des lois qui défendaient certains actes, mais qui les laissaient subsister lorsqu'ils étaient faits⁷. C'est de là qu'est venu l'axiome : « Il y a en droit des choses qui sont défendues, et qui néanmoins subsistent lorsqu'elles sont faites ». Ainsi en est-il de la loi qui défend de porter l'appel devant un autre juge que le supérieur immédiat de celui dont est émanée la sentence, et qui attribue néanmoins un effet suspensif à l'appel porté devant un autre juge de rang supérieur (*Digeste*, 49, 1, 3). Cette règle a d'ailleurs été reprise par le droit canonique, qui défend d'admettre un religieux à la profession avant une année

³ Félix GAFFIOT, *Dictionnaire illustré Latin Français*, Paris, Hachette, 1934, p. 1644 et 1645.

⁴ Michelle CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002.

⁵ Par exemple, la Loi 5 du Code de legibus (Code de Justinien, 1, 14, 5) prévoit que la peine de nullité est toujours sous-entendue dans les lois prohibitives : « tout pacte, toute convention, tout contrat passé entre ceux à qui la loi défend de le faire, sont regardés comme non avenue ».

⁶ Dominique POUYAUD, « Nullité », dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, p. 1089.

⁷ Ainsi, dans l'ancien droit romain, la loi Furia défend de léguer plus de 1 000 sous à une seule personne. Lorsque le légataire reçoit quelque chose au-delà de ce taux, la loi lui inflige une peine équivalant au quadruple. Ulpien explique dans ses fragments, au titre 1, § 2, que le legs reste néanmoins valable.

entière de noviciat, et qui déclare cependant valables les vœux prononcés sans cette épreuve préalable.

Le concept de validité s'est en effet retrouvé en droit canon : la validité est le fait pour un acte, souvent matériel, de remplir les conditions qui lui conféreront une signification pour l'Église. Ainsi parle-t-on de la validité des sacrements⁸. Par exemple, dès 535, le Concile d'Arles exigeait, pour la validité du mariage, une dot et des noces publiques. Le « canon 51 » du IV^e Concile de Latran réuni en 1215 sous Innocent III exigea la célébration publique et le Concile de Trente adopta le 11 novembre 1563 un décret aux termes duquel le mariage était « nul » s'il n'avait pas lieu dans l'église en présence du propre curé des époux (*in facie ecclesiae, proprio praesente parochi*). Un acte juridique est alors valide quand il produit les effets juridiques qui lui sont propres. Pour autant, le droit canonique est assez hostile à la nullité des actes juridiques (can. 10) et un acte contraire au droit peut être valide.

Des droits savants aux droits nationaux, la transmission du concept était tout naturelle. Si une norme a quelque effet juridique, elle existe en droit. La validité est alors « le caractère de la norme ou de l'acte juridique auxquels on reconnaît, dans un ordre juridique donné, qu'ils ont les effets juridiques que leurs auteurs entendent leur conférer »⁹. Elle peut alors être invocable par les sujets du droit et opposable à eux. Mais la validité juridique n'est pas une qualité innée : elle est acquise par la norme qui se distingue ainsi des autres normes sociales ou normes qui ne sont plus ou pas encore juridiques. La validité est ainsi « la qualité qui s'attache à la norme dont on a reconnu qu'elle satisfait aux conditions requises pour produire les effets juridiques qu'elle prétend avoir »¹⁰. La validité est le fait pour une norme d'exister en droit et donc d'y pouvoir produire des effets. La validité n'est pas « toujours synonyme de caractère obligatoire. [...] La validité désigne simplement l'appartenance au système juridique, le fait qu'un énoncé possède la nature d'une norme

⁸ Patrick VADRINI, Jean-Paul DURAND, Olivier ÉCHAPPÉ et Jacques VERNAY, *Droit canonique*, coll. « Précis », 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, § 417, p. 270 et 271.

⁹ François OST, « Validité », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris / Bruxelles, LGDJ / Story Scientia, 1988, p. 635.

¹⁰ *Id.*, 637.

juridique»¹¹. Mais à quelles conditions une norme peut-elle être valide ?

Trois réponses se retrouvent alors en doctrine¹². Tout d'abord, la validité peut être axiologique, c'est-à-dire reposer sur la légitimité de la norme, sur une relation de « nécessité naturelle »¹³ entre l'assignation d'un certain contenu moral minimum aux règles juridiques et la réalisation du projet minimal de conservation que les hommes forment en s'associant¹⁴. La « moralité interne du droit »¹⁵ devient alors la condition même d'existence d'un système juridique¹⁶. On dira que de telles théories ne permettent pas une bonne séparation entre le droit et la morale et qu'elles relèvent plus d'un *jus naturalisme* que d'une véritable science juridique qui ne vise à dire ce que le droit doit être mais ce qu'il est positivement, sans prescription ou jugement de valeur. Un acte administratif unilatéral n'existe pas en raison de la moralité ou de la justice de son contenu : pour autant que l'État nazi était un État, les actes qu'il a pu édicter, y compris sur le statut des juifs, sont forcément juridiques¹⁷.

Une deuxième réponse propose une validité empirique, c'est-à-dire reposant sur l'effectivité de la norme. Par exemple, selon Ross, les normes valides sont les normes en vigueur¹⁸, c'est-à-dire les normes qui sont appliquées. Or elles sont appliquées car elles sont perçues comme socialement obligatoires : la validité se confond alors avec l'efficacité. Comment alors identifier les normes juridiques ?

¹¹ Michel TROPER, *Philosophie du droit*, coll. « Que sais-je ? », n° 857, Paris, PUF, 2003, p. 48 et 49.

¹² F. OST, *loc. cit.*, note 9.

¹³ Herbert L.A. HART, *Le Concept de droit*, trad. M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 239.

¹⁴ *Id.*, p. 232.

¹⁵ Lon L. FULLER, *The Morality of Law*, éd. révisée, New Haven-Londres, Yale University Press, 1964, p. 4 ; Lon L. FULLER, « Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart », 71 *Harvard Law Review* 645 (1958).

¹⁶ L. FULLER, *The Morality of Law*, *op. cit.*, note 15, p. 39.

¹⁷ Denis de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 256. Remarquons cependant que, pour les nazis, leur droit était assimilé à la morale, mais une morale nazie ; cf. Luc J. WINTGENS, « Le concept de droit dans le national-socialisme », (1991) 26 *R.I.E.J.* 89.

¹⁸ Alfred ROSS, « Le problème des sources du droit à la lumière d'une théorie réaliste du droit », dans Alfred ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, trad. par Éric Millard et Elsa Matzner et présentation par Éric Millard, Paris, LGDJ, 2004.

Est juridique la norme effectivement observée, mais pour cela la norme doit préexister à son observation ce qui est contraire à la définition de la validité comme effectivité. Si la norme est le comportement des sujets de droit, comment distinguer les comportements juridiques des autres comportements humains? Une telle définition de la validité « ne permet plus de définir la norme, puisqu'on ne sait pas comment la définir indépendamment de l'observation et qu'on ne sait pas ce qui est observé¹⁹ ». Un décret ou un arrêté qui n'est pas appliqué, voire qui est même violé, n'en conserve pas moins sa valeur et son existence en droit, la désuétude n'existant pas en droit administratif²⁰.

Une troisième réponse enfin, la plus répandue, propose une conception formelle de la validité, assimilant validité et légalité. Selon la hiérarchie dynamique des normes développée par Kelsen, une norme est rendue valide par une norme supérieure. « Une norme ne fait partie d'un ordre juridique que parce qu'elle a été posée conformément aux dispositions d'une autre norme de cet ordre »²¹. Pour être valide, la norme doit être formée conformément aux prescriptions de la norme supérieure. En ce sens, la légalité constituerait une condition de la validité. Le « Cornu » donne ainsi la définition suivante de la validité : « qualité d'un acte qui n'est entaché d'aucun vice de nature à justifier son annulation »²². Donc pour Kelsen, « la

¹⁹ Michel TROPER, « Ross, Kelsen et la validité », dans Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 2001, p. 33.

²⁰ Sur un acte non appliqué : Cons. d'Ét., 24 mai 1948, *Jacquemet*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 562 ; Cons. d'Ét., 5 janvier 1955, *Lapouge et Mandavy*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 5. Sur un acte violé par un usage contraire : Cons. d'Ét., 23 janvier 1974, *Viot*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 52. Cependant, du fait d'un long défaut d'application imputable à la seule administration, la situation à laquelle devait s'appliquer l'acte et qui en constituait le motif peut ne plus exister ou être modifiée de manière très importante si bien que l'acte devient sans objet d'application, caduc : Cons. d'Ét., 1^{er} avril 1998, *Préf. Yvelines s/ Nsonde*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 120 ; Cons. d'Ét. Sec., 26 mars 1999, *Villegas*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 94, *Rev. fr. dr. adm.* 1999.544, concl. Hubert. De même, des actes préparatoires ou formalités administratives constatant des faits peuvent être frappés de péremption si la décision à laquelle ils devaient aboutir est prise tardivement alors que les circonstances de fait se sont modifiées : Cons. d'Ét., 5 mai 1950, *Mauss*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 261, D. 1950.579 sur une enquête en vue d'une expropriation ; Cons. d'Ét., 18 novembre 1955, *Petatas*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 539, J.C.P. 1956 II 9184, note Vitu sur une procédure consultative. Cf. Jean-Marie AUBY, « L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs », (1959) *R.D.P.* 431.

²¹ H. KELSEN, *op. cit.*, note 2, p. 314.

²² Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2000, p. 895.

validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme»²³. La question de l'existence pose alors celle de l'origine, du fondement premier de la validité. On sait que Kelsen y répond avec l'hypothèse de la norme fondamentale qui n'est ni une norme simplement possible, ni un axiome de base, ni même une hypothèse opératoire mais une exigence de l'esprit sans laquelle la construction d'aucun système juridique ne serait possible. Elle n'a pas à être confirmée puisqu'elle est le fondement même de la possibilité du droit, un fondement de nature rationnelle et logique²⁴, une fiction, un présupposé nécessaire²⁵, une décision d'ordre épistémologique sans laquelle aucun énoncé ne pourrait jamais être considéré comme ayant la signification d'une norme juridique²⁶ et qui « permet seule de reconnaître à l'acte ou au fait constituant, et aux actes ou faits réalisés conformément à cette Constitution [...] le caractère de normes juridiques objectivement valables »²⁷. La validité est ainsi la conformité à une norme supérieure²⁸.

Or la légalité est, pour un acte administratif, le fait d'être conforme à l'ensemble des normes qui lui sont supérieures, à commencer par la loi et les traités, mais aussi les principes généraux du

²³ H. KELSEN, *op. cit.*, note 2, p. 256. La validité formelle chez Kelsen, contrairement à une version simplifiée et caricaturale qui en est parfois répandue, ne se confond pas avec la légalité mais avec le respect des règles de production édictées par la norme supérieure : un lien entre validité et légalité externe demeure. Il peut donc y avoir des normes valides et non conformes d'un point de vue matériel aux normes supérieures. C'est ce lien entre validité et légalité externe que nous allons discuter.

²⁴ Simone GOYARD-FABRE, *Philosophie critique et raison juridique*, coll. « Thémis Philosophie », Paris, PUF, 2004.

²⁵ H. KELSEN, *op. cit.*, note 2, p. 273.

²⁶ M. TROPER, *loc. cit.*, note 19, 28.

²⁷ H. KELSEN, *op. cit.*, note 2, p. 267.

²⁸ Précisons que les différentes validités peuvent se cumuler pour autant que le permettent les ontologies du droit et que Kelsen lui-même ajoute au critère formel de la validité de la norme (*Geltung*) celui de l'efficacité (*Wirksamkeit*), c'est-à-dire la capacité intrinsèque de produire des effets de droit, de l'ordre juridique auquel elle se rattache. La norme n'est pas juridique si elle n'est contraignante et ne peut contraindre si elle n'est juridique : validité et efficacité ne sont pas cumulatives mais réciproques. Hart, lui, ajoute au critère formel le critère axiomatique de la validité (cf. notes 13 et 14) et le critère de l'effectivité, le droit se fondant *in fine* sur le constat qu'il existe une Constitution qui doit être respectée.

droit ou la Constitution²⁹. Un acte administratif valide serait donc un acte administratif légal. *A contrario*, un acte administratif illégal serait un acte administratif non valide. On peut s'interroger sur une telle conclusion : l'on voit en effet tous les jours des actes administratifs en vigueur et qui pourtant ne sont pas légaux³⁰. Ils sont appliqués aux individus et continuent de l'être tant que l'autorité administrative n'y met pas fin par abrogation, voire par retrait, ou que, saisi, le juge ne les annule. En attendant cette fin éventuelle, l'acte administratif illégal existe et s'applique : il est donc bien valide. Cela est d'ailleurs logique : pour être déclarée légale ou illégale par le juge et être annulée, la norme doit préalablement exister en droit, c'est-à-dire être valide³¹. Le contrôle de constitutionnalité est en cela particulier en ce qu'il s'opère sur une norme non en vigueur pour juger de sa constitutionnalité, ce qui le différencie du contrôle de légalité. Cet acte, même illégal, doit être exécuté par l'administration qui ne saurait invoquer son illégalité pour se dispenser de cette tâche. Toute autorité administrative doit exécuter une décision, même illégale, tant qu'elle n'a pas été retirée par l'administration ou annulée par le juge³².

Bien sûr ces cas sont là des « anomalies » par rapport à ce que doit être le droit et l'action administrative. Mais leur existence peut servir au test de réfutabilité des théories relatives à la validité. « La vie du droit ne réside pas dans la logique : elle tient dans l'expérience³³ ». Kelsen a lui-même reconnu la défaillance de théorie de la hiérarchie dynamique : le droit peut être violé par des actes de production juridique. Se révèle alors un pouvoir juridique créateur de droit. Kelsen est ainsi conduit à affirmer qu'il faut considérer une

²⁹ En l'absence de loi-écran : Cons. d'Ét. Sec., 10 juillet 1954, *Fédération des conseils de parents d'élèves*, Rec., p. 449 ; D.1955.330, concl. A. Jacomet, note M. Virally ; S. 1953.3.1, note J. Dehaussy.

³⁰ Et ce malgré l'obligation faite à l'administration de les abroger à la demande des administrés intéressés : Cons. d'Ét. Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, G.A.J.A. n° 101.

³¹ Ainsi, ce que la doctrine appelle couramment « recours en appréciation de validité », renvoi préjudiciel par lequel le juge judiciaire demande au juge administratif d'apprécier la *légalité* d'un acte administratif, est appelé par le *Code de justice administrative* « recours en appréciation de légalité » (art. R. 312-4).

³² Cons. d'Ét. Sec., 18 mai 1973, *Ville de Cayenne*, Rec., p. 359 ; A.J.D.A. 1973.538, note P. Ferrari ; Cons. d'Ét. Sec., 16 décembre 2005, *M. Lacroix*, req. n° 274545 ; A.J.D.A. 2006.582, chron. Cl. Landais et Fr. Lenica.

³³ Oliver Wendel HOLMES, « The Path of the Law », 10 *Harvard L. Rev.* 457 (1897).

norme contraire à une norme supérieure valide tant qu'elle n'a pas été invalidée par les organes compétents³⁴. La pureté de la théorie kelsénienne est ici contaminée par le fait : le droit devient l'acte de volonté de l'organe qui en est l'auteur.

Il n'est pourtant pas question ici de décisionnisme au sens schmittien du terme selon lequel « l'idée de droit ne peut s'effectuer elle-même »³⁵ mais nécessite la décision volontaire, l'ordre arbitraire imposé par un souverain. Le pouvoir juridique de l'administration n'est pas synonyme d'arbitraire et cela pour deux raisons. D'une part, si l'autorité administrative crée du droit lors de l'application d'un droit supérieur, cette création nécessite une interprétation du droit. Selon la théorie réaliste de l'interprétation³⁶, cette dernière n'est pas un acte de connaissance, la déduction logique à partir d'une norme supérieure et préexistante, comme le suggère la théorie formaliste, mais un acte de volonté de l'interprète : l'interprétation s'impose quel que soit son contenu tant qu'une autorité supérieure jusqu'à l'interprète souverain, qualifié d'authentique, ne dise différemment. Les autorités administratives créent ainsi un nouveau droit sous contrôle d'autorités supérieures dont les juges. Mais pour cela, ces autorités administratives doivent avoir reçu la capacité d'interpréter au nom de l'État ce que dit le droit de l'État : pour produire du droit, l'autorité doit être investie par l'État à le faire.

D'autre part, l'action de l'autorité administrative s'inscrit dans le cadre plus large de l'État dont le droit sert de moyen pour satisfaire ses différentes politiques. Par cette perspective téléologique, on aborde alors les théories institutionnalistes du droit. L'institution existe pour un but et, afin de l'accomplir, se sert du droit. Ainsi, l'institution « est la source des deux formes de droit, le droit disciplinaire et le droit statutaire »³⁷. Le droit statutaire organise les institutions, leurs compétences et les libertés fondamentales des individus : l'existence de l'institution est en effet la première condition pour qu'elle remplisse ses missions. Le droit disciplinaire ordonne et réprime : c'est l'institution en action, en train de réaliser l'idée d'œuvre.

³⁴ H. KELSEN, *op. cit.*, note 2, § 35.

³⁵ Carl SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 41.

³⁶ M. TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », dans M. TROPER, *op. cit.*, note 19, p. 69-84.

³⁷ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, Paris, Larose et Tenin, 1907, § 3 ; Maurice HAURIOU, « L'institution et le droit statutaire », dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 134.

Ces « ordres » de l'institution doivent donc être exécutés. Il n'est plus alors tant question de la décision administrative en tant qu'acte unilatéral, porteur d'une norme nouvelle, qu'en tant qu'acte exécutoire devant réaliser certains effets attendus en imposant une discipline aux administrés. L'action de l'administration est donc limitée car elle existe en vue d'une certaine fin de laquelle elle ne peut trop s'écarter sous peine de se dénaturer. Nous tenterons de chercher dans ces deux sources de contraintes, le fait d'être une autorité administrative et de remplir une fonction administrative, les conditions de validité d'un acte administratif.

On pourrait alors objecter qu'une norme est valide parce qu'elle est présumée légale et qu'elle est considérée comme telle jusqu'à preuve du contraire. *A contrario*, s'il est prouvé que la norme est illégale, cela entraînerait qu'elle était invalide *ab origine*. Mais comment nier la réalité de l'existence et de l'effectivité d'une norme qui, édictée à un temps T1 s'est appliquée pendant une période et qui a été par la suite abrogée à un temps T3 du fait de son illégalité constatée et conséquente à un changement de droit ou de fait intervenu à un temps T2 ?

Cette circonstance se rencontrerait particulièrement en droit administratif où les actes édictés par les autorités publiques bénéficient du privilège du préalable. La décision administrative bénéficie en effet, avant toute vérification par le juge, d'une présomption de conformité au droit. La question de la validité y a donc une acuité particulière trop peu étudiée en comparaison des travaux effectués en droit constitutionnel : la décision administrative produit immédiatement ses effets (à moins qu'elle n'en reporte elle-même la date d'entrée en vigueur). Le particulier peut alors faire un recours contre cet acte devant le juge mais ce recours n'est pas suspensif. Il appartiendra alors au requérant de renverser la présomption, de prouver l'illégalité de la décision administrative. Pendant ce temps, la décision doit être exécutée : le particulier peut être tenu d'exécuter la décision et à défaut l'administration peut prononcer des sanctions administratives³⁸ à son encontre et procéder à une exécution forcée dans le respect des conditions jurisprudentielles³⁹. Même lors d'un

³⁸ Cons. d'Ét. Ass., 1^{er} mars 1991, *Le Cun, Rec.*, p. 71 ; *Rev. fr. dr. adm.* 1991.612, concl. Saint-Pulgent ; Cons. d'Ét., 15 juin 2005, *M. Charles, A.J.D.A.* 2005.1689, concl. D. Casas. Cf. *Les sanctions administratives, A.J.D.A.*, n° spécial, 2001.

³⁹ Trib. civ., 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just, G.A.J.A.* n° 11.

référé suspension, l'acte n'est pas déclaré illégal : s'il y a doute sérieux, la présomption de légalité demeure. Et si dans le référé liberté l'acte peut être jugé « manifestement illégal », il n'en demeure pas moins que cette illégalité sera encore à prouver lors du procès du fond.

Avec de telles données, de quoi peut bien dépendre la validité d'un acte administratif unilatéral ? Nous pouvons ici explorer deux voies : à quelles conditions un acte administratif existe-t-il en droit positif et à quelles conditions cet acte peut-il être déclaré inexistant ? Ces deux questions nous apporteront deux réponses : d'une part, un acte administratif n'est pas valide du fait de sa légalité mais, d'autre part, son illégalité peut entraîner son invalidation.

I. La validité d'un acte administratif ne peut dépendre de sa légalité

À quelles conditions un acte administratif est-il valide ? Si la validité ne dépend pas de la légalité de l'acte, comme l'illustre l'existence d'actes administratifs illégaux, peut-être l'examen de l'origine et du but de l'acte administratif peut nous éclairer. Voyons ce que nous apprennent sur la validité l'origine de l'acte administratif au travers de son auteur et de son entrée en vigueur d'une part et le but de l'acte administratif au travers du privilège du préalable d'autre part.

A. Validité et origine de l'acte administratif

Si la validité ne dépend pas de la légalité de l'acte, peut-être l'examen des conditions d'entrée en vigueur d'un acte administratif peuvent éclairer celles de sa validité. Cela conduit à une conclusion ferme : la validité de l'acte ne dépend pas de son entrée en vigueur, ce qui conduit à nous tourner vers la qualité de l'auteur de l'acte.

1. Validité et conditions d'entrée en vigueur de l'acte administratif

Référons-nous aux conditions d'entrée en vigueur des décisions administratives. Concernant une décision réglementaire, celle-ci doit faire l'objet d'une publicité officielle adéquate (publication au Journal officiel, aux bulletins officiels des divers ministères ou autres recueils appropriés, voire sous forme électronique en vertu d'un décret du

29 juin 2004 ; affichage sur des panneaux disposés à cet effet). Sans cette condition, l'acte administratif n'emporterait aucune opposabilité ou invocabilité à l'égard des administrés mais également de l'administration⁴⁰. S'ajoute pour les règlements des autorités locales décentralisées l'obligation de transmission au représentant de l'État. Concernant une décision individuelle, si celle-ci est favorable à son destinataire, elle entre en vigueur sans qu'aucune mesure d'information officielle ne soit nécessaire dès la signature de la décision⁴¹. Une décision individuelle défavorable, elle, doit faire l'objet d'une notification⁴² mais est tout de même susceptible de créer des droits au profit des tiers dès sa signature⁴³.

Que conclure ? La validité de l'acte administratif dépend-elle de ces formalités ? Le fait qu'une décision individuelle n'ayant fait l'objet d'aucune mesure de notification puisse créer des droits au profit de tiers ou même de son destinataire si elle lui est favorable est la marque que si l'acte administratif n'est pas opposable, il existe bien du seul fait de la signature par son auteur. Donc, « l'existence d'un acte administratif n'est pas subordonnée à sa publication ou à sa notification »⁴⁴. L'acte administratif existe donc malgré ses illégalités et l'absence de publicité. L'on pourrait même concevoir le cas de l'exécution d'un acte par l'administration en l'absence de toute publicité.

Mais l'acte, confidentiel, n'existe alors que pour son auteur et sans doute n'est-il donc valide qu'en raison de la nature de son auteur : une autorité administrative pouvant édicter des normes administratives. Si la validité ne dépend en effet ni de la légalité ni de l'entrée en vigueur, il ne reste pour déterminer, caractériser l'acte que deux éléments : son origine et sa fin, son auteur et son but. On sait qu'une décision administrative est une décision prise « par une autorité administrative au moyen de prérogatives de puissance

⁴⁰ Cons. d'Ét. Sec., 25 janvier 1974, *Jean et autres, Rec.*, p. 60 ; *A.J.D.A.* 1974.195, chron. M. Franc et R. Boyon ; Cons. d'Ét. Ass., 20 mars 1974, *Bourges, Rec.*, p. 192, *A.J.D.A.* 1974.382, concl. G. Guillaume.

⁴¹ Cons. d'Ét. Sec., 19 décembre 1952, *Dlle Mattéi, Rec.*, p. 594, S. 1953.3.38.

⁴² Cons. d'Ét., 28 novembre 1952, *Dme Le franc, Rec.*, p. 534.

⁴³ Cons. d'Ét. Sec., 12 juin 1959, *Synd. Chrétien du ministère de l'industrie et du commerce, Rec.*, p. 360, *A.J.D.A.* 1960-2.61, concl. H. Mayras.

⁴⁴ Cons. d'Ét. Sec., 27 janvier 1961, *Daunizeau, Rec.*, p. 57, *A.J.D.A.* 1961.75, chron. J.-M. Galabert et M. Gentot ; Cons. d'Ét. Ass., 21 décembre 1990, *Conféd. nat. des assoc. familiales catholiques, Rec.*, p. 368, concl. B. Stirn, *A.J.D.A.* 1991.158, *Rev. fr. dr. adm.* 1990.1065 concl.

publique»⁴⁵. L'acte serait donc valide car il émane d'une autorité administrative et qu'il s'inscrit dans le cadre de l'activité de la puissance publique.

2. Validité et qualité de l'auteur de l'acte administratif

Une première hypothèse serait que la validité d'une décision administrative ne dépend que de la seule qualité de son auteur. Elle ne dépend pas de la compétence ou du respect des formes et procédures mais uniquement de sa qualité d'autorité officielle habilitée par l'État dans le cadre de ses missions administratives à édicter des normes aussi infimes soient-elles.

Bénéficiant du privilège du préalable, l'acte administratif est valide du fait de la seule qualité de son auteur quand bien même il serait manifestement incompétent. La qualité de l'auteur se situe en effet en amont de sa compétence⁴⁶ : l'autorité existe avant d'être investie de pouvoirs et c'est cette capacité à être autorité de l'État, cette capacité à être investie de compétences et non la compétence elle-même qui serait un critère de la validité des actes de cette autorité. De même que la Constitution détermine son application moins comme « corps de règles » que comme « ensemble organisé d'autorités »⁴⁷, le droit administratif détermine-t-il moins son application par les règles qu'il édicte – dont les règles de compétences – que par les autorités qu'il institue.

Comme une loi peut être valide bien qu'inconstitutionnelle – du fait d'un défaut de contrôle qui aurait désigné le constituant comme autorité compétente pour édicter la norme en question –, un acte administratif est valide malgré l'incompétence de son auteur car cette incompétence ne peut être que supposée. Or, au vu de son importance, on ne saurait paralyser l'action de l'administration pour un simple supposé venant d'un administré. Que l'incompétence

⁴⁵ Trib. civ., 18 octobre 1999, *Préfet de la région d'Ile-de-France*, A.J.D.A. 1999.1029; J.C.P. 2000.10413, concl. R. Schwartz.

⁴⁶ Michel TROPER, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », dans M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1994, p. 94 : « Si des autorités administratives ou judiciaires déterminent leur propre compétence, encore faut-il, pour qu'[elles] puissent le faire, qu'[elles] existent ».

⁴⁷ Michel TROPER, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », dans M. TROPER, *op. cit.*, note 46, p. 306.

n'invalide pas l'acte est logique dans la mesure où c'est l'autorité en question qui doit en premier interpréter sa compétence. Ce qu'il considère être de sa compétence, même si cela est manifestement erroné, permet de présumer de la légalité d'un acte assurément valide. Si le principe veut qu'on ne puisse disposer de sa compétence, cependant la théorie réaliste de l'interprétation conduit à une conclusion partiellement inverse.

Selon Michel Troper, l'interprétation est donnée « par toute personne [...] habilitée par l'ordre juridique à donner une interprétation dotée du monopole de validité »⁴⁸. C'est ainsi que l'acte administratif n'est pas valide en vertu de sa conformité à une norme supérieure mais par sa mise en application par des autorités administratives subalternes et les administrés ou sa reconnaissance par le juge. Telle volonté constitue du droit administratif car son auteur est habilité à interpréter ce qu'est le droit, habilitation qui fait reconnaître à tous la nature de cet auteur : les administrés savent qu'ils doivent se soumettre à telle décision car elle émane d'une administration publique remplissant ses missions. « L'existence juridique d'une norme législative ne résulte pas de sa conformité à la constitution, mais de l'interprétation par le juge. *La validité ne provient pas de la norme supérieure, mais du processus de production de normes inférieures* »⁴⁹.

Ce critère de la qualité de l'auteur se retrouve chez Hauriou lorsque celui-ci, dans son *Précis de droit administratif*, donne la définition suivante : « La décision exécutoire est toute déclaration de volonté, émise par une autorité administrative, en vue de produire un effet de droit vis-à-vis des administrés ». Hauriou dégage ici deux critères de l'acte exécutoire. D'une part son auteur : une autorité officielle (administration, personne privée investie d'une mission par l'administration) ayant la capacité de vouloir, c'est-à-dire de décider d'une norme si infime soit-elle. D'autre part son but : produire des effets de droit. Mais cet objectif doit être replacé dans le cadre plus général de la théorie de l'institution : produire des effets de droit est un moyen pour un but plus général, une mission de l'administration. Si l'acte exécutoire existe, est valide, c'est pour être appliqué afin que l'administration remplisse sa mission. C'est pour cela qu'il bénéficie du privilège du préalable.

⁴⁸ M. TROPER, *loc. cit.*, note 36, 71.

⁴⁹ M. TROPER, *loc. cit.*, note 46, 92.

B. Validité et privilège du préalable

La validité est une condition de l'effectivité d'un acte juridique. En ce sens, l'on pourrait reprendre la distinction faite entre acte exécutoire et acte unilatéral. L'acte exécutoire est l'acte qui n'a pas encore été exécuté et qui doit l'être. À cette fin, l'autorité qui l'édicte dispose de prérogatives de droit depuis la présomption de légalité jusqu'à l'exécution forcée. Après sa mise en œuvre, il n'est plus d'acte exécutoire mais un acte exécuté. C'est pour cela qu'un référé suspension ne pouvait s'appliquer qu'à un acte exécutoire, c'est-à-dire qui n'a pas été complètement exécuté⁵⁰. L'acte exécutoire se fonde sur un élément objectif: celui d'un but à atteindre, d'un objectif nécessaire à la réalisation de l'idée d'œuvre, écrivait Hauriou.

L'acte unilatéral au contraire est la signification d'une disposition émanant d'une autorité habilitée à faire du droit. Son fondement est subjectif: la volonté qu'une autorité impose en dehors du consentement de ses destinataires. La signification de l'acte existe dès la signature de l'acte qui peut donc être annulé avant même qu'il ne remplisse les conditions de son entrée en vigueur. Cette signification ne s'efface pas avec l'exécution de l'acte: elle demeure et peut donc être jugée sur le plan de sa légalité. Ainsi, l'acte unilatéral pourra être annulé rétroactivement: cette volonté n'aurait jamais dû être⁵¹. À l'inverse, l'acte exécutoire ne peut être rétroactivement annulé: il n'existe déjà plus et a produit ses effets maté-

⁵⁰ Cons. d'Ét. Ass., 23 janvier 1970, *Amoros et autres, Rec.*, p. 51; *A.J.D.A.* 1970.609, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes; *R.D.P.* 1970.1035, note M. Waline; Cons. d'Ét., 27 juin 2005, *Assoc. établissement régional Léo Lagrange de Rhône-Alpes-Auvergne*, req. n° 277048.

⁵¹ Précisons que cette volonté reste incommunicable: pas plus que la volonté ne peut être représentée par une personne, comme le dénonçait Rousseau contre la représentation parlementaire (Jean-Jacques ROUSSEAU, *Contrat social*, II, 1), elle ne peut l'être par un texte. Un acte administratif ne peut exprimer parfaitement la volonté de l'administration et le juge devra interpréter le texte de l'acte pour attribuer une signification à ce texte, une volonté à son auteur. Remarquons que cette interprétation sera formulée dans le texte d'une décision de justice dont l'application par l'administration ou l'imitation par des juridictions inférieures devra faire l'objet d'une nouvelle interprétation, cette fois-ci de la volonté du juge et donc de la volonté que ce juge a attribuée à l'auteur de la première décision. Le jugement a bien pour objet une volonté de l'administration, mais une volonté qu'il doit déterminer. Mais n'est-ce pas le propre de tout jugement que de déterminer, d'établir les faits, mineure du syllogisme judiciaire?

riels. La seule possibilité ici est celle de la réparation par la voie de la responsabilité.

La question est alors de savoir pourquoi un tel privilège en faveur de l'acte administratif, pourquoi dès son édicition est-il exécutoire, privilège qui constitue une « règle fondamentale du droit public »⁵² ? Dans la logique de l'institution d'Hauriou, l'acte illégal serait contraire à l'idée d'œuvre et devrait être neutralisé. Mais une telle action viendrait saper l'institution même qui est au service de cette idée d'œuvre⁵³. On se trouve ici face à la nécessité sociale de la stabilité de l'ordonnancement juridique, le fait que le pouvoir doit rester au pouvoir afin de maintenir l'ordre social. Plus que l'idée d'œuvre au sein de l'institution, c'est l'institution elle-même, sa préservation qui justifie ce privilège. *In fine*, l'on pourra aussi dire que cette institution existe pour la réalisation de l'idée d'œuvre et que la qualité d'acte exécutoire, quand bien même l'acte unilatéral serait contraire à cette fin, participe à la réalisation de l'idée d'œuvre. La nécessité se fait droit. Si l'institution existe pour la réalisation de l'idée d'œuvre,

⁵² Cons. d'Ét. Ass., 2 juillet 1982, *Huglo et autres, Rec.*, p. 257 ; *A.J.D.A.* 1982.657, concl. J. Biancarelli, note B. Lukaszewicz ; *D.* 1983.327, note O. Dugrip et p. 270 obs. P. Delvolvé ; *RA* 1982, p. 627, note B. Pacteau. On pourrait d'ailleurs s'interroger sur la nature de cette « règle ». Est-il possible qu'une norme juridique pose que les normes juridiques doivent être présumées légales et en tant que telles exécutées ? Une telle norme peut-elle s'appliquer à elle-même ? Sans doute pas. Qu'est-ce qui alors justifierait cette norme, son application si elle est illégale ? Ne faut-il pas plutôt y voir un « principe » (et non une norme) nécessaire à l'existence et l'effectivité d'un système juridique et qui ne saurait être en lui-même juridique mais logique, en vertu du théorème de Gödel ? Sur les applications de celui-ci, cf. P. RAATIKAINEN, « On the Philosophical Relevance of Gödel's Incompleteness Theorems », (2005-4) *Rev. int'l phil.* 513.

Cette nécessité logique concerne même le droit tout entier puisque, par définition, toute norme juridique est impérative (Denys de BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 174 et suiv.) ; G. LANGROD, « Remarques sur l'autorité des décisions administratives », (1984) *R.D.P.* 20 : « Il n'y a pas de différence foncière entre les diverses espèces d'actes juridiques quant à l'autorité légale qu'elles ont. Il y a par rapport à tout acte juridique un moment précis où il commence à participer à l'ordre juridique tout entier pour en devenir un élément indissociable ». De ce point de vue, fonder la validité sur le privilège du préalable revient à une tautologie : la décision existe en droit car elle a autorité en droit. Le privilège du préalable se ramène alors à la seule faculté pour l'autorité administrative d'édicter unilatéralement des obligations. Cf. Jean-Marc FÉVRIER, « Sur les fondements de l'autorité des décisions exécutoires », (1999-3) *R.R.J.* 882-886.

⁵³ Maurice HAURIOU, « La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social », (1925) 4 *Cahiers de la nouvelle journée* 97 et 98.

celle-ci justifie et protège l'institution⁵⁴. On rejoint ici Pascal qui écrivait qu'« il est juste que ce qui est juste soit suivi ; il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi »⁵⁵. C'est ainsi que même une décision illégale doit être exécutée⁵⁶.

Précisons ici que prendre en compte et étudier les fins des normes « n'est en aucune façon sortir du plan juridique »⁵⁷. « Lorsqu'un individu ou plusieurs individus, selon les cas, décident de faire un acte normateur, autrement dit de poser des normes juridiques, c'est toujours en vue d'obtenir un résultat qui se situe au-delà du résultat proprement juridique de l'opération, c'est-à-dire au-delà de l'édiction même des normes juridiques qui vont être posées grâce à cette opération, et au-delà même de la réalisation de ces normes. »⁵⁸ L'analyse téléologique est juridique : en atteste l'importance de la notion d'intérêt général qui fonde et limite l'intervention administrative⁵⁹.

L'acte administratif n'est pas valide parce qu'il bénéficie du privilège du préalable : la validité ne dépend pas de la légalité, même présumée. Ce privilège ne peut s'appliquer qu'à une norme valide et vise donc un autre objectif que celui de la validité : celui de la préservation de l'institution étatique exerçant sa puissance publique pour la réalisation de l'idée d'œuvre, de l'intérêt général. L'acte administratif existe, est valide, pour être exécuté car il est censé participer à la mission de l'administration. *A contrario*, un acte sans rapport avec les missions et pouvoirs de l'administration ne mériterait pas d'exister, d'être valide. C'est ce qu'illustrent certains cas où l'invalidation d'un acte découle du constat de son illégalité.

⁵⁴ Jacques CHEVALLIER et Danièle LOSCHAK, *Science administrative*, t. 1, Paris, LGDJ, 1978, p. 359 : « De l'impératif selon lequel l'appareil d'État doit agir en vue de l'intérêt général, remplir les obligations que lui impose la solidarité sociale, on passe insensiblement à l'idée exactement renversée selon laquelle, du fait de la fonction qui lui est impartie dans la société, cet appareil exprime toujours, et par essence, l'intérêt général ».

⁵⁵ Blaise PASCAL, *Pensées*, Points, Essais, pensée 103 (298), p. 63 et 64.

⁵⁶ Cf., note 32.

⁵⁷ Charles EISENMANN, « Les fonctions de l'État », *Encyclopédie française*, t. X, 1964, p. 294.

⁵⁸ Charles EISENMANN, *Cours de droit administratif*, t. 1, Paris, LGDJ, 1982, p. 504.

⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 1998*, « L'intérêt général », La documentation française, coll. « Études et Documents du Conseil d'État », 1999.

II. L'invalidité d'un acte administratif peut dépendre de son illégalité

Pour qu'une illégalité rende un acte administratif invalide, il faut que ce vice de légalité ait pour effet de rendre l'acte inexistant. À cette fin, ne sont pas simplement pris en compte la compétence de l'auteur et la procédure suivie (droit comme système dynamique) mais aussi le contenu de l'acte administratif : « la validité obéit donc bien aussi à un principe statique »⁶⁰. Cela se retrouve dans deux cas : quand le juge déclare un acte inexistant, et quand un acte prend fin rétroactivement, que l'administration retire l'acte ou que le juge l'annule. Dans ces deux cas, l'acte administratif serait considéré comme n'ayant jamais existé, comme n'ayant jamais été valide.

A. Invalidité et inexistence des actes administratifs

Précisons ici qu'il ne faut pas confondre l'inexistence au sens large d'invalidité avec une signification plus restreinte qui est celle de la théorie de l'inexistence⁶¹. Il est certain qu'une illégalité constatée devant le juge implique son annulation et donc son invalidation. Une norme illégale devient donc invalide devant le juge. Mais durant le temps entre son édicition et son annulation, celle-ci a bien juridiquement existé et produit certains effets. Il demeure cependant une exception où tous les effets de l'acte sont supprimés : le cas où le juge déclare un acte administratif inexistant, comme n'ayant jamais existé et donc comme n'ayant jamais été valide.

Selon la théorie de l'inexistence, en raison de la gravité des vices qui le grèvent, l'acte administratif est déclaré « nul et non avenue »⁶². Cela signifierait donc que la validité d'un acte peut dépendre de sa

⁶⁰ M. TROPER, *op. cit.*, note 11, p. 81.

⁶¹ Jean-Marie AUBY, *L'inexistence des actes administratifs*, Paris, Pedone, 1951.

⁶² Nous n'évoquerons pas ici le cas des décisions matériellement inexistantes comme par exemples une décision implicite dont les conditions de formation ne sont pas réunies (Cons. d'Ét., 4 juin 1982, *Hensel*, Rec. p. 213 ; D.1983.260, note Fr. Moderne ; *Dr. Soc.* 1982, p. 641, concl. B. Stirn), la délibération d'un conseil municipal qui ne s'est pas réuni à la date de celle-ci (Cons. d'Ét., 29 décembre 1997, *Comm. d'Hautmont*, Rec., p. 710 ; C. adm. Marseilles, 6 décembre 2006, *M. Louis Lequette*, req. n° 02MA00476), ou la mention d'un nom sur un décret relevant d'une pure erreur matérielle (Cons. d'Ét., 28 décembre 2005, *M. Richevaux*, req. n° 279432).

légalité. Mais une analyse plus fine de cette théorie jurisprudentielle contredit cette première impression.

Des actes peuvent être inexistant s'ils émanent d'organismes « dépourvus d'existence légale »⁶³. Il ne s'agit pas ici d'une autorité simplement incompétente : il s'agit d'un organisme qui n'a pas la qualité d'autorité officielle pour édicter des normes administratives au nom de l'État (ou d'autorités décentralisées) si infimes soient-elles or, nous l'avons dit, cette qualité est la condition essentielle de validité d'un acte administratif. De même, un acte est inexistant s'il est pris par un auteur dépourvu de tout pouvoir de décision⁶⁴. Là encore, la validité de l'acte dépend de la qualité de son auteur⁶⁵.

⁶³ Cons. d'Ét. Sec., 7 octobre 1994, *Ville de Narbonne c. Mme Arditi*, Rec., p. 426 ; A.J.D.A. 1995.159, obs. M. Hecquard-Théron ; R.D.P. 1995.251.

⁶⁴ Cons. d'Ét., 8 décembre 1982, *Comm. de Dompierre*, Rec., p. 555 ; DA 1983 n° 31.

⁶⁵ Se pose cependant la question de certains cas où de simples individus peuvent agir au nom de l'administration en dérogation aux règles de compétences. Ainsi un fonctionnaire peut l'être de fait s'il n'a que l'apparence de sa prétendue compétence : il a toutes les apparences d'un agent officiel de l'État mais en vertu d'une norme présumée légale puis jugée illégale. Au moment d'agir, l'agent avait donc bien une qualité officielle et les actes qu'il a pris sont considérés valides (Cons. d'Ét. Ass., 2 décembre 1983, *Charbonnel*, Rec., p. 474, concl. M. Roux, A.J.D.A. 1984.76, chron. B. Lasserre et J.-M. Delarue). L'urgence, elle, ne peut justifier que l'empiètement d'une autorité administrative sur la compétence d'une autre (Cons. d'Ét. Sec., 5 octobre 1979, *Chbre d'agriculture de la Charente*, Rec., p. 362, D.1979IR.554, obs. P. Delvolvé) : la qualité officielle de l'auteur n'est donc pas discutée. Par contre, les circonstances exceptionnelles vont plus loin en autorisant des administrés à se substituer à des autorités administratives défaillantes (Cons. d'Ét., 5 mars 1948, *Marion*, Rec., p. 113, D.1949.147, S. 1948.3.53, note J.-P. Calon). Mais une telle possibilité est subordonnée à la nécessité d'agir. À l'inverse des actes présumés légaux et invalidés car leurs auteurs n'ont pas de qualité officielle, les actes présumés illégaux sont validés par la nécessité d'agir, c'est-à-dire par l'idée d'œuvre à réaliser alors que l'institution est impuissante. C'est cette même nécessité et utilité (Cons. d'Ét., 14 décembre 1981, *Guinard*, R.D.P. 1982.1447 ; Cons. d'Ét., 16 juin 1989, *Pantaloni*, Rec., p. 143, A.J.D.A. 1989.610, chron. E. Honorat et E. Baptiste, D.1990, SC p. 296, obs. P. Bon et Ph. Terneyre), qui font s'inscrire l'action des particuliers dans le cadre de l'action administrative, qui expliquent que les agissements de collaborateurs occasionnels et spontanés du service public soient considérés comme agissements de ce service (Cons. d'Ét. Sec., 17 avril 1953, *Pinguet*, Rec., p. 177, D.1954.7, note G. Morange, S. 1954.3.69, note J. Robert). Leur est alors implicitement et temporairement reconnue la qualité officielle d'agents de l'administration.

Des décisions administratives peuvent également être déclarées inexistantes si elles sont manifestement non susceptibles de se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration, ce qui constitue une voie de fait⁶⁶. Cette fois encore, l'inexistence se comprend : un acte jouit d'une présomption de légalité afin d'être exécutoire et l'on a vu que ce dernier trait se rapporte à une perspective téléologique : que les pouvoirs publics puissent assumer les missions qui leur sont confiées. On comprend *a contrario* que si une action d'une autorité administrative ne se rattache à aucune mission, à aucun pouvoir de l'administration en général – et non de l'autorité en particulier –, elle ne mérite pas d'être exécutoire et donc d'exister. Le fait qu'un acte administratif soit non susceptible de se rattacher à une mission de l'administration fait qu'il ne peut être valide. Ainsi en est-il lorsqu'une autorité administrative empiète sur les attributions d'une juridiction⁶⁷ ou lorsqu'une personne est nommée dans une fonction publique non pour effectuer les missions de celle-ci mais pour bénéficier de ses privilèges⁶⁸.

Enfin, sont inexistants des actes administratifs individuels qui se fondent sur d'autres actes ou situations qui n'existent pas. L'inexistence d'un acte, son invalidité, engendre l'invalidation des actes qui en découlent. Par exemple, les actes individuels pris pour gérer la carrière d'un fonctionnaire qui ne devrait plus être en poste parce qu'ayant atteint la limite d'âge⁶⁹ sont inexistants. L'invalidité est donc une maladie héréditaire. Ce cas ne doit pas être confondu avec le cas du défaut de base légale. D'une part, les décisions individuelles prises sur la base d'un règlement illégal sont illégales et non pas inexistantes⁷⁰. D'autre part, les décisions individuelles édictées alors

⁶⁶ Trib. civ., 27 juin 1966, *Guigon, Rec.*, p. 830 ; *A.J.D.A.* 1966.547, note A. de Laubadère ; *D.* 1968.7, note J.-Cl. Douence ; *J.C.P.* 1967, n° 15135, concl. R. Lindon.

⁶⁷ Cons. d'Ét. Ass., 31 mai 1957, *Rosan Girard, Rec.*, p. 355, concl. F. Gazier ; *A.J.D.A.* 1958-2.91, chron. J. Fournier et G. Braibant ; *D.* 1958.152, note P. Weil.

⁶⁸ Cons. d'Ét. Ass., 15 mai 1981, *Maurice, Rec.*, p. 221 ; *A.J.D.A.* 1982.86, concl. A. Baquet ; *D.* 1982.147, note P. Blondel et F. Julien-Laferrière.

⁶⁹ Cons. d'Ét., 8 novembre 2000, *Muzi, Dr. adm.* 2000, n° 19.

⁷⁰ Cons. d'Ét., 24 juin 1935, *Ville d'Uzès, Rec. Cons. d'Ét.*, p. 708 : une délibération municipale établissant une taxe est déclarée nulle, c'est-à-dire illégale (l'inexistence se caractérisant par la formule « non avvenu »). Les « rôles émis en exécution de cette délibération sont, par voie de conséquence, devenus caducs » : « devenus », c'est-à-dire qu'ils ne l'étaient pas à l'origine mais ont bien existé, ont été valides puis invalidés pour défaut de base légale.

que l'acte dont elles procèdent n'est pas encore en vigueur⁷¹ sont illégales, mais non pas inexistantes. Elles ont donc été valides. De même pour les contrats conclus en vertu d'une décision non en vigueur⁷². Il faut même constater que les mesures réglementaires prises par anticipation en application par exemple d'une loi qui n'est pas encore en vigueur sont valides et légalles mais ne deviennent exécutoires qu'à partir de l'entrée en vigueur du texte dont elles procèdent⁷³. Notons que cette différence de régime de légalité (et non pas de validité) entre décisions réglementaires et non réglementaires est sans doute liée aux conditions d'entrée en vigueur de ces actes administratifs : les premières font l'objet d'une publication et s'appliquent à tous : connues de tous, leur existence ne saurait être niée ; les secondes ne font l'objet, la plupart du temps, que d'une notification et n'existent donc que pour leurs destinataires (administrés nommés par l'acte ou parties au contrat), ce qui permet de mettre fin en toute discrétion à leur existence.

B. Invalidité et fin des actes administratifs

Il est deux autres cas connus où un acte administratif est déclaré invalide, c'est-à-dire n'avoir jamais existé du fait de son illégalité : quand l'administration qui l'a édicté le retire et quand le juge annule l'acte. La logique est différente de celle de l'inexistence. Il faut ici constater la relativité de la rétroactivité du retrait par l'administration ou de l'annulation par le juge qui ne visent pas à dire que l'acte n'a jamais été valide mais à réparer en droit les effets juridiques d'un acte valide et illégal. Si l'acte unilatéral est l'expression d'une volonté humaine, alors la norme est valide dès que cette volonté est exprimée. Les actes unilatéraux peuvent remplir les conditions nécessaires et suffisantes concernant la validité sans pour autant respecter toutes celles de la légalité. La solution la plus simple pour réparer l'erreur est de supprimer l'acte de l'ordonnancement juridi-

⁷¹ Cons. d'Ét., 7 juillet 1999, *Glaichenhaus*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 241, *Rev. fr. dr. adm.* 1999.1119.

⁷² Délibération de l'autorité décentralisée autorisant la conclusion non transmise au préfet : Cons. d'Ét. Sec. (avis, art. 12), 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 198 ; D.1997.45, note F.-P. Benoit, p. 113 obs. Ph. Terneyre ; *R.D.P.*1999.829, étude M. Dreifuss ; *Rev. fr. dr. adm.* 1997.83, note J.-Cl. Douence.

⁷³ Cons. d'Ét., 20 mai 1996, *Union des personnels de surveillance pénitentiaire*, *Dr. adm.* 1990 n° 406, obs. G.G.

que. « En dépit des apparences, l'annulation ultérieure ne signifie pas que la norme était nulle dès l'origine, mais simplement que, par un nouvel acte de volonté, le tribunal la prive de validité et donne à sa décision une portée rétroactive »⁷⁴.

1. Invalidité et retrait des actes administratifs

Concernant le retrait, on sait que l'invalidation de l'acte administratif ne peut résulter que d'une illégalité. Si un acte unilatéral est créateur de droits, il ne peut être retiré que pour motif d'illégalité dans un délai de quatre mois à compter de la prise de la décision⁷⁵. Le délai ne part pas de la publication ou de la notification de l'acte, c'est-à-dire de son entrée en vigueur, de son opposabilité, mais bien de sa création, de sa validité. Le retrait établit donc une relation directe entre l'invalidation et l'illégalité.

À l'inverse, un acte légal ne peut être retiré pour inopportunité, sauf cas d'un acte ne créant pas de droits ou à la demande de son bénéficiaire et s'il ne porte pas atteinte aux droits des tiers⁷⁶. Dans ce cas donc, la légalité garantit pour partie la validité de l'acte. Notons en outre que si l'acte est obtenu par fraude, il ne crée pas de droit et peut être retiré en dehors de tout délai⁷⁷. La gravité de l'illégalité conduit alors à un retrait sans condition de délai comme dans la théorie de l'inexistence mais pour autant, avant cela, la décision existe bien et doit être exécutée⁷⁸.

L'intérêt du retrait est donc de montrer que si la validité d'une norme ne dépend pas de sa légalité, son invalidation, elle, dépend de son illégalité. Nous retrouvons ici le besoin de stabilité de l'ordonnement juridique : il est nuisible, tant aux administrés qu'à l'administration, d'invalider indéfiniment et rétroactivement des normes

⁷⁴ M. TROPER, *op. cit.*, note 11, p. 81.

⁷⁵ Cons. d'Ét. Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, G.A.J.A. n° 115, Y. GAUDEMET, « Faut-il retirer l'arrêt Ternon? », (2002) *A.J.D.A.* 738.

⁷⁶ Cons. d'Ét., 9 avril 1999, *M. Saunier*, (1999) *R.F.D.A.* 683.

⁷⁷ Cons. d'Ét. Sec., 17 juin 1955, *Silberstein*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 334.

⁷⁸ Cons. d'Ét., 29 novembre 2002, *Assistance publique-Hôpitaux de Marseilles*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 414; (2003) *A.J.D.A.* 276, chron. F. Donnat et D. Cassas; (2003) *R.F.D.A.* 234, concl. G. Bachelier et p. 240, note P. Delvolvé; (2003) *A.J.F.P.* 4; D. 2003 IR p. 667.

légales. À ce train, l'édifice juridique pourrait vite s'écrouler et sombrer dans une totale insécurité. Là encore, l'idée même d'institution, bien que dynamique, requière une stabilité, un contrôle du social que ruinerait l'instabilité normative. Le retrait s'identifierait alors à un droit au repentir pour l'administration, un droit à réparer son erreur illégale.

Remarquons en outre que l'illégalité d'un acte administratif doit en principe entraîner son abrogation⁷⁹, c'est-à-dire son invalidité pour l'avenir et non de façon rétroactive. Cela confirme à la fois que l'acte peut être valide et illégal (entre son édicition et son abrogation) et que son illégalité peut – et dans ce cas doit – entraîner son invalidation.

2. Invalidité et annulation des actes administratifs

L'annulation contentieuse, elle, fonctionne plus comme une fiction : l'acte annulé a bien été valide un temps mais doit être annulé pour motif d'illégalité. Le juge cherche alors avant tout à en neutraliser les effets plus qu'à en nier l'existence. Or l'annulation du juge peut créer un vide juridique que l'Administration a parfois beaucoup de difficultés à gérer, d'où le recours par le juge à une annu-

⁷⁹ Cons. d'Ét. Ass., 3 février 1989, *Cie Alitalia*, préc. Cette abrogation peut être considérée comme implicite par le juge quand se succèdent deux normes incompatibles et de même niveau (Cons. d'Ét. Ass., 5 mai 1961, *Ruais*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 299 ; Cons. d'Ét. Sec., 23 novembre 2005, *Mme Baux*, *Rev. fr. dr. ad.* 2006.32, concl. R. Keller) ou du fait d'une norme supérieure et contraire (Cons. d'Ét., 23 juin 1972, *Soc. Magerida Coimpania Niviera et Labat*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 496). Le Conseil d'État vient en effet de consacrer un critère unique de l'abrogation implicite : le contenu d'une nouvelle norme est « inconciliable » avec celui de la norme postérieure de rang identique ou inférieur (Cons. d'Ét. ref., 21 novembre 2005, *M. Boisvert* et Cons. d'Ét. Ass., 16 décembre 2005, *Synd. National des huissiers de justice*, *A.J.D.A.* 2006.357, chron. Cl. Landais et Fr. Lenica ; *Rev. fr. dr. adm.* 2006.41, concl. J.-H. Stahl). Mais n'est-ce pas alors confondre l'abrogation implicite avec le passage dans l'illégalité ? Une telle abrogation déclarée par le juge et donc d'effet rétroactif joue comme une fiction puisque le texte illégal a bien été appliqué, ce qui constitue l'objet du litige. Une telle déclaration revient donc à une annulation de l'acte, à la différence qu'elle s'applique non à partir de l'édiction de l'acte mais de son entrée dans l'illégalité. Remarquons enfin que la modification n'est qu'une variante de l'abrogation : dans les deux cas, la norme entachée d'illégalité est éliminée de l'ordre juridique ; dans la seconde hypothèse, elle disparaît ; dans la première, il y a disparition et production d'une autre norme.

lation différée, pratique récente pour le juge administratif⁸⁰, mais classique pour le juge communautaire⁸¹. L'annulation peut aussi être conditionnelle : l'acte sera annulé après un certain délai si l'administration ne l'a pas régularisé si un motif d'intérêt général justifie son maintien⁸². Le juge est même allé plus loin en comblant lui-même le vide juridique ; par exemple en déclarant l'ordonnance de codification du Code rural entachée d'une erreur matérielle mais en ne l'annulant pas : le Conseil d'État a conféré lui-même à cette disposition sa portée exacte et a lui-même procédé à la rectification, le texte ainsi rétabli devant être publié au Journal officiel⁸³. Le Con-

⁸⁰ Cons. d'État. Sec., 25 juin 2001, *Société à objet sportif Toulouse Football Club*, *Rec. Cons. d'État.*, p. 281 ; Cons. d'État. Ass., 11 mai 2004, *Association AC!*, *Rec. Cons. d'État.*, p. 197, concl. C. Devys ; *A.J.D.A.* 2004.1183, chron. Landais et Lenica ; *Rev. fr. dr. adm.* 2004.454, concl. Devy ; *G.A.J.A.* n° 118 : annulation ne prenant effet que le 1^{er} juillet ; Jacques-Henri STAHL et A. COURREGES, « Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du Contentieux (modulation des effets dans le temps d'une annulation contentieuse) », *Rev. fr. dr. adm.* 2004.438 ; Olivier DUBOS et François MELLERAY, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », (août-sept. 2004), *Dr. adm.* 8 ; Cons. d'État. Sec., 25 février 2005, *France Télécom* ; *Rec. Cons. d'État.*, p. 86 ; *A.J.D.A.* 2005.997, chron. C. Landais et F. Lenica ; *Rev. fr. dr. adm.* 2005.802, concl. E. Prada-Bordenave, *R.D.P.* 2005-6, p. 1643, com. P. IDOUX. J.-H. STAHL, « An I ap. AC! : les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt Association AC! », *R.J.E.P.* 2005, p. 355. Une telle modulation des effets d'une annulation semble d'ailleurs reprise par le Conseil constitutionnel : 15 décembre 2005 n° 2005-528 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2006*.

⁸¹ La Cour de justice des Communautés européennes permet, sur le fondement de l'article 231 al. 2 Cons. d'État. (ex art. 174, al. 2) l'application d'un acte communautaire qu'elle a annulé en attendant le nouveau texte qui s'y substituera afin d'éviter un vide juridique. Cela vaut pour un règlement du Conseil (C.J.C.E., 5 juin 1973, *Commission c. Conseil*, aff. 81/172, *Rec. Cons. d'État.*, p. 572), un règlement communautaire (C.J.C.E., 2 février 1989, *Commission c. Conseil*, aff. 275/87, *Rec. Cons. d'État.*, p. 259), le budget communautaire (C.J.C.E., 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, aff. 34/86, *Rec. Cons. d'État.*, p. 2155) ou une directive communautaire (C.J.C.E., 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, aff. C-295/90, *Rec. Cons. d'État.*, I-4230).

⁸² Cons. d'État., 27 juillet 2001, *M. Titran*, *Rec. Cons. d'État.*, p. 411, *A.J.D.A.* 2001.1046, chron. Guyomar et Collin : délai de deux mois octroyé au ministre pour compléter des actes réglementaires ; TA Amiens, 24 mai 2005, *M. Dubruque et autres*, req. n° 0201856, *A.J.D.A.* 2005.2416, note Fr. Melleray : sur un permis de construire ; Cons. d'État., 11 janvier 2006, *Assoc. des familles victimes du saturnisme et autres*, req. n° 267251 : délai de six mois pour reprendre un même arrêté mais selon une procédure régulière.

⁸³ Cons. d'État., 25 mars 2002, *Caisse d'Assurance-Accident agricole du Bas-Rhin*, *Rev. fr. dr. adm.* 2002.664.

seil d'État module ainsi les effets de ses décisions et tempère même les effets rétroactifs de ses revirements de jurisprudence⁸⁴. Donc si l'illégalité entraîne l'annulation, ce n'est pas en vue d'une invalidation : ce n'est pas tant l'acte que ses effets qui sont ici visés. C'est ainsi que des « réserves d'intérêt général »⁸⁵ peuvent s'opposer à des annulations contentieuses. On retrouve ici la perspective téléologique qui présidait déjà au privilège du préalable.

Les effets de l'annulation peuvent même être neutralisés par une validation législative, la loi devant alors respecter l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme en intervenant pour d'impérieux motifs d'intérêt général⁸⁶. Une loi a même pu valider préventivement la composition des jurys d'agrégation des Facultés de droit⁸⁷ ; l'article L. 600-1 du *Code de l'urbanisme* couvre par avance les vices de formes et de procédure⁸⁸ de divers documents urbanistiques⁸⁹ tout comme l'article L. 11-1-1 du *Code de l'expropriation* pour la déclaration de projet et l'article L. 121-14 du *Code de l'environnement*. Mais la loi de validation est elle-même limitée dans son pouvoir en ce qu'elle doit respecter la Constitution et les conventions internationales. Un acte administratif inconstitutionnel validé par une loi n'a pour conséquence que de rendre inconstitutionnelle cette loi et de maintenir l'inconstitutionnalité de l'acte

⁸⁴ Cons. d'Ét. Sec., 10 mars 2006, *Société Leroy Merlin*, req. n° 278220, *A.J.D.A.* 2006.796, chron. Cl. Landais et Fr. Lenica. Remarquons que cette modulation a également des précédents communautaires (C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, aff. C-43/75 ; C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. C-41/84) dont s'est inspirée la Cour de cassation (Civ. 2^e, 8 juil. 2004, *Radio France*, D. 2004.2956, note C. Bigot).

⁸⁵ Jean-Bernard AUBY, « À propos des réserves d'intérêt général », *Dr. adm.* 2003, repère n° 6.

⁸⁶ Cons. d'Ét., 5 juillet 2004, *Sté Sud parisienne de construction*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 291 ; *A.J.D.A.* 2004.2216, note J.-P. Markus ; Cons. d'Ét., 11 février 2004, *Assoc. gale des Étudiants de Sc. Po*, *A.J.D.A.* 2004.679 ; Cons. d'Ét. Ass., Avis du 27 mai 2005, *M. Provin*, *A.J.D.A.* 2005.1455, chron. Cl. Landais et Fr. Lenica.

⁸⁷ François AUBERT, « La ratification du code de l'éducation est accompagnée d'une validation législative préventive », *A.J.D.A.* 2003.158.

⁸⁸ De telles dispositions peuvent s'analyser comme transformant des vices de légalité substantiels en vices non substantiels ne pouvant justifier une invalidation. Toute illégalité n'entraîne donc pas une annulation, preuve qu'un acte peut être illégal et valide : Bertrand SEILLER, « L'illégalité sans annulation », *A.J.D.A.* 2004.963.

⁸⁹ Cons. d'Ét. avis, 9 mai 2005, *Provin*, req. n° 277280, *A.J.D.A.* 2005.1032. Sur la critique d'un tel procédé, cf. Bertrand SEILLER, « Les validations préétablies, stade ultime du dérèglement normatif », *A.J.D.A.* 2005.2384-2390.

administratif⁹⁰. La validation ne s'applique pas à l'acte annulé, eu égard à l'autorité de la chose jugée, mais aux mesures à venir. C'est à ce titre que le Conseil constitutionnel a pu considérer, sans rechercher si des motifs d'intérêt général le justifiaient, que l'article 111 de la loi de finances rectificative pour 2005 était contraire à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'elle avait pour unique objet de rendre inapplicable une décision de justice⁹¹, portant ainsi atteinte à la séparation des pouvoirs et à la garantie des droits des justiciables qui avaient obtenu gain de cause devant le Conseil d'État et la Cour de justice des communautés européennes⁹².

Nous le voyons donc, ces actes d'application illégaux resteront valides par une loi de validation afin de pouvoir sauvegarder les effets de l'acte annulé : c'est le « non-lieu législatif »⁹³. D'ailleurs la validation modifie parfois l'état du droit afin que l'administration puisse reprendre les mêmes actes que ceux annulés en leur octroyant un effet rétroactif.

L'annulation contentieuse porte donc moins sur la validité que sur l'effectivité de l'acte administratif, moins sur l'ordre juridique objectif que sur les droits subjectifs des administrés, même si les deux éléments se mêlent⁹⁴. Mais le motif impérieux d'intérêt géné-

⁹⁰ Cons. d'État., 5 mai 1995, *Ministre de l'Équipement c. SARL DER*, *Rec. Cons. d'État.*, p. 192 ; *A.J.D.A.* 1995.936, note T. Hamoniaux ; voir aussi sur la loi n° 2005-809 du 20 juillet 2005 : Olivier DUBOS, « La validation législative des anciennes conventions d'aménagement : *Vanitas vanitatis!* », *A.J.D.A.* 2005.1753.

⁹¹ CE, 29 juin 2005, *SA Établissements Louis Mazet et autres* elle-même prise pour conformer le droit français au droit communautaire tel que déterminé par CJCE plén., 12 septembre 2000, *Commission c. France*.

⁹² Décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005, Jean-Éric SCHOETTL, « La TVA sur les péages d'autoroute à l'aune du droit constitutionnel », *Petites Affiches* 2006.11.12 ; Séverine BRONDEL, « Le législateur doit respecter le principe de séparation des pouvoirs », *A.J.D.A.* 2006.13. Cette décision s'inscrit dans la logique des décisions n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 cons. 6, n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 cons. 11, n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003 cons. 23 et n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005 cons. 31 et 33.

⁹³ René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 11^e éd., coll. « Domat », Paris, Monchrestien, 2004, p. 900.

⁹⁴ En témoigne la nécessité pour le justiciable de justifier d'un intérêt à agir. Cf. P. FRAISSEIX, « La révolution méthodologique du juge de l'excès de pouvoir », *Petites Affiches* 2005.180.3 ; Fabrice MELLERAY, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Paris, LGDJ, 2001.

ral de cette validation rappelle bien la logique téléologique qui préside à la validité et au caractère exécutoire d'un acte administratif.

*
* *

Au total cependant, il faut bien retenir l'idée que l'illégalité de l'acte administratif peut être à l'origine de son invalidation. Elle peut l'être, mais ne l'est pas forcément, la validité ne dépendant pas de la légalité. Un acte légal est donc valide mais un acte valide n'est pas toujours légal. L'acte administratif est valide parce qu'il est acte d'administration au sens fonctionnel⁹⁵ et acte d'une administration au sens organique. Or, on remarque que ces critères de validité de l'acte administratif sont aussi ceux de l'acte administratif lui-même : critère organique de la qualité de l'auteur et critère matériel de l'action publique⁹⁶. L'acte administratif existe, car il est acte administratif, et le droit administratif existe, car posé par des autorités administratives elles-mêmes instituées par le droit : le raisonnement tourne donc en rond. C'est ainsi que Michel Troper rompt le cercle en affirmant que « l'existence d'une autorité quelconque est [...] toujours un simple *fait* »⁹⁷. Au commencement était l'administration. Mais comment les agissements de cet être factuel peuvent-ils acquérir une nature juridique, comment ce « fait » engendre-t-il du « droit » ? Où trouver la transmutation, comment tracer la frontière entre l'empire du droit et celui du fait ? Une telle distinction est-elle encore

⁹⁵ Gérard TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Bibl. de Droit public, 1963.

⁹⁶ L'acte administratif est celui émanant d'une autorité administrative exerçant des prérogatives de puissance publique (TC, 21 mars 1983, *Cons. Raphanel et Époux Dumanchin*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 538 ; *R.D.P.* 1983, p. 1629, note J.-M. Auby), qu'il s'agisse d'une personne publique remplissant une mission administrative (Cons. d'Ét. Sec., 3 novembre 1997, *Cne de Fougerolles*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 391 ; *CJEG* 1998, p. 16, concl. Touvet) et non une gestion privée (TC, 24 octobre 1994, *Duperray et SCI Les Rochettes*, *Rev. fr. dr. adm.* 1995.408) ou celui émanant d'une personne privée habilitée à gérer un service public administratif (Cons. d'Ét. Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 239 ; D. 1942.138, concl. A. Ségalat, note P.C. ; *J.C.P.* 1942.2046, note P. Laroque ; *R.D.P.* 1943, p. 57, note R. Bonnard ; Chr. LAVIALLE, « Le corporatisme voilé. Réflexion recommencée sur l'arrêt Monpeurt », dans Marie-Hélène HECQUARD-THÉRON (dir.), *Le groupement et le droit: corporatisme, néo-corporatisme*, Presses Univ. des Sciences sociales de Toulouse, 1996 ; Cons. d'Ét. Sec., 13 janvier 1961, *Magnier*, *Rec. Cons. d'Ét.*, p. 32 ; *A.J.D.A.* 1961.142, note C.P. ; *R.D.P.* 1961, p. 155, concl. J. Fournier).

⁹⁷ Michel TROPER, *loc. cit.*, note 46, 94.

possible? On en vient alors aux vues de Stéphane Rials pour qui « *tout ce qui est* exprime obscurément des normes et les normes ne se manifestent que dans les effectivités mouvantes du monde, dans les jeux inlassables des corps qui ne découvrent (s'il s'agit des corps humains) signification et sens que dans les chocs pénibles ou plaisants qui, sans même l'éclairage d'une volonté digne de ce nom, les jettent les uns contre les autres »⁹⁸. Il n'est plus que du *sein*: rompre le cercle revient à rompre avec le *sollen*. Sans doute faut-il alors se résoudre au fait que le droit est une croyance qui repose *in fine* sur des affirmations, des tautologies, une stipulation.

La théorie du droit n'est pas comme l'*Art de la fugue* de Bach : la partition du Cantor est inachevée mais, une fois les dernières notes jouées, on entend encore en soi une musique où les lignes coulent de source. La théorie du droit est inachevée mais elle ne laisse rien résonner en nous. Il ne faut point s'en attrister car elle est comme la *Symphonie inachevée* de Schubert : la théorie n'est pas complète, deux mouvements ne peuvent suffire à une symphonie classique, et pourtant, une fois l'*Andante con mot* achevé, plus rien n'est à ajouter, plus rien n'est imaginable : tout semble avoir été dit, tout est à la fois suffisant et insuffisant. Ainsi est la théorie du droit : elle est inachevée et pourtant complète, d'autant plus émouvante que la plume s'est reconnue impuissante sur la page blanche. On peut regretter de ne pas entendre une symphonie entière et parfaite à la Mozart, mais même le classique Mozart est bien pauvre quand l'inachevé, baroque ou romantique, est si beau...

On nous pardonnera cette digression musicale sur la théorie du droit mais peut-être ce que nous désirons être une science rigoureuse du droit ne perdrait rien à s'avouer être un art dans toute sa beauté. La validité retrouve ici les ténèbres de son mystère originel. Au-delà des critères évoqués de la validité, quel fondement lui donner? Le droit ne pouvant s'auto-fonder, il recourt à des solutions extra-juridiques, qu'elles soient rationnelles (*Grundnorm*, idée d'œuvre) ou irrationnelles (libre volonté d'un pouvoir souverain). La validité de l'acte administratif est sans doute fondée sur la nécessité rationnelle d'assurer l'autorité de l'administration publique, l'institution

⁹⁸ Stéphane RIALS, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le Sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néoclassique », *Droits* 2003.37.54 ; *Silvae metaphysicae*, Institut Villey, diff. Duchemin, 2002.

en tant que puissance publique, afin qu'elle accomplisse ses missions d'ordre et de prestations. Nous sommes ici en plein dans la théorie institutionnelle du droit telle que la développait Hauriou. Peut-être faut-il alors appliquer aux actes administratifs ce que Montaigne dans ses *Essais* écrivait au sujet des lois : « Les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois ».