

Note sous Tribunal suprême, 31 mai 1976, Dame P. ^[1]

GEORGES VEDEL,

Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Paris.

1. - L'article 27 de la loi n° 826 du 14 août 1967 sur l'enseignement dispose :

« Nul ne peut, soit diriger un établissement d'enseignement public ou privé, soit ouvrir un établissement d'enseignement privé, soit enseigner ou exercer la surveillance dans un quelconque établissement d'enseignement, soit encore enseigner à titre particulier :

(...)

s'il ne possède les titres exigés pour exercer sa fonction soit dans l'établissement, soit dans l'ordre d'enseignement considéré. »

L'article 31 de la même loi est ainsi conçu :

« Les mesures nécessaires à l'application des dispositions de la présente section » (qui comprend l'article 27 précité) « ainsi que les dérogations qui pourront être transitoirement admises en matière de titres exigés pour exercer les fonctions de direction, d'enseignement ou de surveillance, seront fixées, sur avis du comité de l'Éducation nationale, par une ordonnance souveraine. »

2. - En fait, l'ordonnance souveraine d'application prévue par l'article 31 n'est pas intervenue. Mais le Gouvernement princier a estimé que, dans l'attente de ce texte, il lui appartenait de déterminer pour l'enseignement public les titres exigés des enseignants. A cet effet, une délibération du 20 décembre 1972 retint pour les postes à pourvoir dans le second degré le C.A.P.E.S. ou l'agrégation. Ces deux titres correspondent à des concours ouverts pour le recrutement des enseignants du second degré des établissements français, mais ils sont accessibles dans certaines conditions aux candidats étrangers, et notamment aux Monégasques. Les candidats non-français sont classés à leur rang de mérite, mais en surnombre, sans avoir vocation au service public français et pour valoir ce que de droit dans leur pays d'origine.

3. - C'est l'application des règles ainsi posées par la délibération gouvernementale du 20 décembre 1972 qui a été l'occasion des recours ayant abouti aux arrêts Dame P. et Sieur G.

Dans la première espèce, la requérante, de nationalité monégasque, déjà enseignante dans un établissement scolaire, avait répondu à un avis de vacance d'emploi de professeur de droit et de sciences économiques mentionnant l'exigence du C.A.P.E.S. ou de l'agrégation. Mme P. ne possédant pas ces titres se vit opposer un refus et c'est contre cette décision qu'elle forma le recours, rejeté par le premier arrêt.

Dans la seconde espèce, M. G., également de nationalité monégasque, également enseignant à Monaco, avait demandé, cette fois sans qu'un avis de vacance ait été publié, sa nomination comme professeur titulaire dans une chaire de philosophie du Lycée Albert-1er. La demande fut écartée par le Directeur de l'Éducation au motif qu'aucune chaire de philosophie n'était vacante dans la spécialité concernée. Sur recours hiérarchique, M. G. ayant argué de sa nationalité qui lui assurait une priorité d'emploi sur les professeurs français en poste, le ministre d'État confirma la décision de refus et en réitéra

¹ Cette note est commune à la présente décision et à la suivante : Tribunal Suprême 30 juin 1976, Sieur R. G..

le motif, en ajoutant que, d'ailleurs, M. G. n'était pas en possession des titres exigés, C.A.P.E.S. ou agrégation. C'est contre ce refus réitéré qu'était dirigé le recours rejeté par le second arrêt.

4. - Les moyens développés à l'appui de l'un et de l'autre recours ne coïncident que partiellement. La coïncidence porte d'une part sur la prétendue violation du principe d'égalité dont l'un et l'autre requérants se plaignaient, d'autre part sur la prétendue illégalité de l'exigence du C.A.P.E.S. ou de l'agrégation. Mais, outre cette partie commune que l'on réserve pour l'instant, chacun des deux recours comportait une argumentation propre par laquelle on commencera.

La requérante invoquait une violation de l'article 23 de la Constitution garantissant la liberté d'opinion ; le requérant invoquait l'article 25 garantissant l'emploi prioritaire des Monégasques.

Au total, le Tribunal Suprême a eu à statuer sur quatre moyens. On examinera les solutions que la Haute juridiction a retenues en examinant d'abord les moyens propres à l'un ou l'autre requérant, ensuite les moyens communs aux deux.

5. - La question la moins délicate est sans doute celle qui concerne la prétendue violation de la liberté d'opinion alléguée par Mme P. au soutien de son recours et qui s'analyse en un grief de détournement de pouvoir. En effet, selon la requérante, la décision de refus prise à son encontre aurait été en réalité motivée par l'hostilité envers ses prises de position politiques et syndicales et par la volonté de les lui faire renier.

Le Tribunal Suprême relève que la requérant « n'apporte au soutien de ce moyen aucune preuve de ses allégations ». Compte tenu de la règle selon laquelle la charge de la preuve du détournement de pouvoir pèse en principe sur le plaideur qui l'invoque, le moyen manquait en fait, et l'arrêt n'appelle sur ce point aucun commentaire.

Il convient cependant de s'arrêter à la partie de l'avant-dernier « considérant » selon lequel « la Dame P. n'établit pas davantage l'inexactitude de l'appréciation de sa valeur pédagogique... ».

S'agissant d'appréciation (chiffrée ou non chiffrée) de la manière de servir ou des aptitudes des agents publics il est admis que, si la matière n'est plus abandonnée au pur pouvoir discrétionnaire, elle ne relève cependant que du « contrôle minimum » du juge de l'excès de pouvoir. Dès lors, en principe, l'erreur d'appréciation ne peut être relevée par le juge que si elle a un caractère « manifeste » (cf. par analogie, l'appréciation des titres permettant à un médecin d'être inscrit sur la « liste de notoriété », Cons. d'Etat 7 juin 1967, Rougemont : Rec. Lebon, 240 - ou de l'appréciation de l'aptitude physique d'un conscrit - Cons. d'État 6 déc. 1968, min. des Armées c. Bachex : Rec. Lebon, 628). Le « considérant » précité vise simplement - pour l'écarter - l'inexactitude prétendue de l'appréciation de la valeur pédagogique sans faire référence au caractère « manifeste » qui devrait s'y attacher pour donner prise au contrôle du juge ; peut-on en déduire que le Tribunal Suprême a entendu affirmer la possibilité d'un contrôle allant au-delà de l'erreur manifeste en matière de notation des agents publics ? Il ne le semble pas, le juge de l'excès de pouvoir ne pouvant, en principe, réviser les appréciations des autorités hiérarchiques quand elles ne sont pas entachées d'erreur « manifeste ».

6. - M. G., quant à lui, faisait valoir, à l'appui de son recours, un moyen tiré de l'article 25, alinéa 2, de la Constitution, aux termes duquel :

« La priorité est assurée aux Monégasques pour l'accèsion aux emplois publics et privés dans les conditions prévues par la loi ou les conventions internationales. »

Sur ce point, l'argumentation du requérant était la suivante : professeur dans un collège de Monaco-Ville, il était sous le coup d'une diminution de ses horaires de travail et, partant, de sa rémunération ; or, l'une des deux chaires de philosophie du Lycée Albert-1er était occupée par un professeur français en service détaché ; il appartenait donc au Gouvernement de demander le rappel en France de ce professeur pour libérer sa chaire au profit du requérant.

Le Tribunal Suprême répond de façon complète à cette argumentation et la rejette.

Par un « considérant » de principe il rappelle tout d'abord que la priorité d'emploi des Monégasques reconnue par l'article 25, alinéa 2, de la Constitution ne s'exerce qu'à la double condition « que l'emploi en cause soit vacant et que le candidat possède les titres requis pour accéder à cet emploi. »

Aucune de ces conditions n'était remplie en l'espèce. M. G. ne possédait pas les titres requis (C.A.P.E.S. ou agrégation). Le Tribunal Suprême aurait pu s'en tenir là, dès lors que, comme on le verra plus loin (v. § 8 et suivants), il a estimé que l'exigence du C.A.P.E.S. ou de l'agrégation était légale. Néanmoins, il prend soin de relever qu'au surplus la prétention du requérant, selon laquelle le Gouvernement monégasque aurait été tenu de demander à la France le rappel de l'un des professeurs français mis à sa disposition, ne pouvait être matière à contrôle juridictionnel, du fait que, selon une jurisprudence classique, elle concernait « les relations de la Principauté avec une puissance étrangère. »

Le même résultat aurait été atteint par une autre voie si le Tribunal Suprême avait relevé que le principe de la priorité d'emploi des Monégasques ne saurait porter atteinte aux droits régulièrement acquis par des étrangers et ne comporte donc pas l'obligation de leur retirer leur emploi lorsqu'un Monégasque s'y porte candidat. En vertu du principe de l'« économie des moyens », le Tribunal Suprême a préféré rejeter ce chef de la requête en se fondant simplement sur le fait que la prétention de M. G. mettait en cause les rapports de la Principauté avec une puissance étrangère.

7. - Venons-en maintenant aux deux moyens communs à la requête de Madame P. et à celle de M. G.

Il s'agit tout d'abord du moyen tiré de l'égalité des citoyens devant la loi consacré par l'article 17 de la Constitution.

En substance, les deux requérants faisaient valoir que, sur des postes d'enseignement analogues à ceux dont ils demandaient l'attribution, il existait des professeurs titulaires ne possédant ni l'agrégation ni le C.A.P.E.S.

En réponse, le Gouvernement monégasque s'était attaché à montrer que, depuis 1972, il n'avait pas été nommé de professeur titulaire ne possédant pas les diplômes requis, sauf titularisation à certaines conditions des agents en fonction à cette date.

Comme « le principe de l'égalité des citoyens devant la loi, institué par l'article 17 de la Constitution, n'a effet qu'à l'égard des personnes se trouvant dans des conditions identiques » (Trib. Supr. 20 fév. 1969, Hoirs A. - 3 mars 1971, Weill), le moyen tiré de l'article 17 ne pouvait être retenu. Il aurait fallu, pour qu'il soit accueilli, que des candidats ne possédant pas des titres supérieurs à ceux des requérants, leur aient été préférés à la même époque et pour des postes analogues. Or, l'instruction montrait que les nominations d'enseignants ne possédant ni C.A.P.E.S. ni agrégation concernaient une période antérieure à la délibération gouvernementale de 1972. Le principe d'égalité ne peut évidemment priver l'Administration du droit de modifier la réglementation en vigueur. Il exige que le même règlement s'applique au même moment à des personnes se trouvant dans la même situation ; il n'interdit pas qu'un règlement soit abrogé ou modifié, sous le prétexte d'une perpétuelle égalité entre les morts, les vivants et les hommes à naître.

8. - Le moyen le plus sérieux des requêtes se trouvait en réalité dans ce que les requérants analysaient comme une violation des articles 27 et 31 de la loi du 14 août 1967 sur l'enseignement et qui, plus exactement, correspondrait à un grief d'incompétence.

A première vue en effet, on peut trouver quelque pertinence à l'argumentation des requérants sur ce point. Elle était en substance la suivante :

L'article 27 de la loi du 14 août 1967 mentionne parmi les conditions nécessaires à l'exercice de fonctions d'enseignement la possession des « titres exigés ». L'article 31 de la même loi renvoie à une ordonnance souveraine le soin de déterminer ces titres. Or, il est constant qu'une telle ordonnance n'a pas été prise. L'exigence du C.A.P.E.S. ou de l'agrégation résultait d'une délibération gouvernementale qui n'est évidemment pas l'équivalent d'une ordonnance souveraine. Donc, concluaient les requérants avec une apparente logique, l'exigence de tels titres décidée par une autorité incompétente est entachée d'excès de pouvoir.

9. - Le moyen, cependant, n'a pas été accueilli. Dans les deux affaires, c'est en termes à peu près identiques que le Tribunal Suprême a statué sur ce point :

« ... en l'absence de l'ordonnance souveraine prévue par l'article 31 de la loi du 14 août 1967 pour l'application de l'article 27 de ladite loi, il appartenait au Conseil de Gouvernement, par sa délibération du 20 décembre 1972, de prendre, sous le contrôle du juge, les dispositions propres à assurer le bon fonctionnement du service public de l'enseignement... ».

C'est évidemment cette partie de la décision qui en constitue l'intérêt essentiel et mérite une analyse approfondie.

10. - Le juge administratif français s'est trouvé à maintes reprises devant un problème analogue à celui que le Tribunal Suprême a dû résoudre. Trop souvent, le gouvernement et l'Administration négligent de prendre les règlements nécessaires à l'application d'une loi, et ceci même quand le législateur a pris le soin de prescrire l'intervention de tels règlements et, dans certains cas, en imposant un délai maximum à l'Administration.

Longtemps, la jurisprudence française avait vu dans de telles prescriptions l'énoncé d'une obligation de caractère politique, intéressant les rapports du législatif et de l'exécutif et dont l'inexécution ne pouvait donner prise au contrôle du juge administratif (Cf. P. Montane de la Roque, L'inertie des pouvoirs publics). Mais depuis une quinzaine d'années, le Conseil d'État considère qu'il existe une véritable obligation juridique pour l'Administration de pourvoir à l'exécution des lois, étant entendu que cette obligation s'apprécie compte tenu du délai raisonnable nécessaire, plus ou moins long selon les matières et les circonstances, pour élaborer les textes. Les conséquences de cette obligation apparaissent tant sur le terrain de l'annulation pour excès de pouvoir que sur celui de la responsabilité : d'une part, la décision explicite ou, le plus souvent, implicite par laquelle l'Administration refuse de prendre la réglementation que lui demande un administré est susceptible d'annulation si, ce faisant, l'Administration méconnaît son obligation ; d'autre part, les personnes à qui l'inertie du pouvoir réglementaire a porté préjudice peuvent se voir allouer des dommages-intérêts (Cons. d'État 13 juill. 1962, K. P. : D. 1963, J. 106, note Auby. - 27 nov. 1964, Dame Veuve R. : Act. jur. D.A. 1964, 273. - 10 mars 1967, Sté Les Ardoisières d'Angers : Act. jur. D.A. 1967, 430).

11.- Mais le problème qui se posait devant le Tribunal Suprême n'était pas celui des moyens par lesquels l'autorité compétente peut être plus ou moins contrainte à remplir son obligation juridique de prendre les règlements nécessaires à l'application d'une loi ; il était de savoir comment, dans l'intérêt du service public, la carence de l'Administration peut être palliée.

Une première voie de solution pouvait être recherchée dans la direction suivante : il est de principe que, lorsque l'application de certaines dispositions d'une loi suppose l'édition préalable de règlements, soit que ceux-ci soient prévus par la loi, soit que leur nécessité s'impose en fait, l'entrée en vigueur des dispositions en cause est suspendue jusqu'à l'intervention du ou des règlements d'application (cf. G. Vedel, Droit administratif, p. 187 et note sous Aix, 4 juin 1955 : J.C.P. 55, II, 881 et les références. - Cons. d'État 6 janv. 1956, Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies : Rev. dr. publ. 1956, 1295, note M. Waline. - 12 mai 1971, Union mutualiste du Finistère : Rec. Lebon 353. - Trib. Conflits 29 mai 1967, M. : Rec. Lebon 652).

A défaut de l'intervention de l'ordonnance souveraine prévue pour son application, l'article 27 de la loi n'était donc pas entré en vigueur à la date des décisions attaquées et sa violation ne pouvait donc être invoquée.

D'autre part, le fait que l'article 27 n'était pas entré en vigueur ne pouvait, selon le simple bon sens, signifier que, tant que cette situation persisterait, on devrait accueillir dans l'enseignement les personnes qu'il avait pour objet d'écarter, soit en raison de leur défaut de moralité, soit en raison de la privation de leurs droits civils ou politiques, soit en raison de leur état physique ou mental, soit en raison de l'insuffisance de leurs titres. L'analyse juridique corroborait au surplus le bon sens : dès lors que l'article 27 de la loi n'était pas entré en vigueur, on était ramené à l'état du droit antérieur. Or, celui-ci était résumé dans le principe selon lequel il appartient à l'autorité ministérielle de prendre les mesures réglementaires nécessaires au fonctionnement de l'Administration dont elle est responsable.

12. - On sait, en effet, depuis l'arrêt J. (Cons. d'État 7 fév. 1936 : S. 1937, 3, 113, note Rivero) que :

« même dans le cas où les ministres ne tiennent d'aucune disposition législative un pouvoir réglementaire, il leur appartient, comme à tout chef de service, de prendre les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l'Administration placée sous leur autorité... ».

Ce pouvoir réglementaire « par nature » ne doit pas être confondu avec le pouvoir réglementaire général qui appartient en France au Chef de l'État ou au Chef du Gouvernement. En effet, il est limité à ce que M. Rivero, dans sa note, appelait l'« ordre intérieur » du service. Il vise le bon fonctionnement de celui-ci et ne peut donc avoir pour destinataire que les agents ou les usagers du service, mais non le « public » en général. Pour qu'un tel pouvoir réglementaire du Ministre ou du chef de service puisse s'exercer hors du cercle des agents ou des usagers, une habilitation législative serait nécessaire.

Mais, s'agissant du pouvoir réglementaire « par nature » ou intérieur au service, l'habilitation découle de la fonction hiérarchique elle-même : c'est ainsi que le ministre de l'Éducation nationale est compétent pour fixer par voie d'arrêté ou de circulaire les modalités d'exécution du service et, à ce titre, réglementer la création des aumôneries dans les lycées (Cons. d'État 1er avril 1949, C. : Rec. Lebon, 161). Bien plus, le pouvoir du ministre de fixer les conditions de recrutement des agents est, dit le Conseil d'État, « inhérent à l'exercice de la fonction ministérielle » (25 fév. 1949, R. : Rec. Lebon, 93). L'ouvrage de Céline Weiner (Recherches sur les pouvoirs réglementaires des ministres, Paris 1970) montre, avec un très grand nombre de références jurisprudentielles, qu'il appartient au ministre compétent, indépendamment de toute habilitation législative et en l'absence de toute loi ou décret sur la matière, d'établir une limite d'âge ou de fixer les conditions d'aptitude physique ou d'aptitude professionnelle (p. 233-235).

Par conséquent, à défaut d'une ordonnance souveraine mettant en œuvre les prescriptions de l'article 27 de la loi du 14 août 1967, il revenait, semble-t-il, à l'autorité ministérielle de fixer les conditions d'aptitude des candidats à l'enseignement public, en vertu du pouvoir réglementaire « par nature » consacré par l'arrêt J.

13. - Ce raisonnement apparemment logique se heurtait pourtant à une objection de taille. Il repose tout entier sur l'idée que, faute d'intervention de l'ordonnance souveraine prévue pour l'application de l'article 27 de la loi par l'article 31, l'article 27 n'est pas entré en vigueur. Certes, mais l'article 31, qui prévoit que le règlement d'application de l'article 27 sera pris par la voie d'une ordonnance souveraine, ne suppose, lui, aucun règlement complémentaire pour sa propre application. Au contraire, la règle de compétence qu'il pose est d'effet immédiat à compter de la promulgation de la loi. Son effet n'est-il pas justement de transférer à l'ordonnance souveraine la compétence qui, dans le passé, revenait à l'autorité ministérielle ? En d'autres termes, l'article 31 n'a-t-il pas précisément eu pour objet de ne permettre la définition des titres requis que par voie d'ordonnance souveraine et d'écarter la compétence ministérielle ?

Si l'on se réfère à la jurisprudence française, l'on trouve en effet des espèces nombreuses dans lesquelles le Conseil d'État, pourtant favorable à la compétence ministérielle « par nature » définie par l'arrêt J., considère qu'elle est tenue en échec par des dispositions législatives ou réglementaires contraires (cf. p. ex. Cons. d'État 17 mars 1972, min. Ed. Nat. c. Delle J. : Rec. Lebon, 222. – 16 juin 1972, J. : Rec. Lebon, 449. – 20 juin 1973, C. : Rec. Lebon, 420).

Il pouvait donc sembler que l'effet de l'article 31 de la loi du 14 août 1967 était nécessairement d'interdire à toute autre autorité que celle qui s'exerce par voie d'ordonnance souveraine de définir les titres requis des candidats à l'enseignement public.

14. - Personne ne pouvait pourtant envisager que, tant que ne serait pas intervenue l'ordonnance souveraine prévue par l'article 31 de la loi du 14 août 1967, le recrutement des enseignants devait être suspendu. Le bon sens interdisait cette conclusion. Le droit ne l'excluait pas moins : si l'on doit interpréter l'article 31 de la loi comme interdisant à toute autorité autre que celle de l'ordonnance souveraine de définir par voie réglementaire les titres requis pour exercer des fonctions d'enseignement, il n'est pas moins vrai que, faute de réglementation applicable, il appartient à l'Administration de déterminer dans chaque cas individuel si tel candidat présente les garanties de moralité, d'aptitude physique et les capacités nécessaires à l'exercice de la fonction sollicitée.

Mais à partir de cette constatation sur la compétence de l'Administration pour prendre des décisions individuelles, on voit renaître la possibilité d'une réglementation de « secours » faute de la réglementation normale par voie d'ordonnance souveraine. En effet, il serait en un certain sens absurde et, dans un autre, injuste que l'Administration donne à chaque candidature individuelle une solution d'espèce sans référence à une règle commune ; que, dans tel cas, elle exige le C.A.P.E.S. ou l'agrégation, dans tel autre une simple licence ou maîtrise, alors qu'il s'agit de pourvoir à des emplois analogues. C'est pour le coup que le principe d'égalité risquerait d'être méconnu.

De fait, dans le droit administratif français, à côté de la compétence réglementaire « par nature » de l'autorité ministérielle définie par l'arrêt J., il en existe une autre, de nature voisine mais non identique : celle qui découle de la nécessité de rationaliser les décisions individuelles. C'est ce que constatait M. Tricot dans ses conclusions de l'espèce « Institution Notre-Dame du Kreisker » (29 janv. 1954 : R.P.D.A. 1954, 50) :

« Le ministre a le pouvoir de prendre des décisions individuelles. Ce pouvoir implique celui d'adopter et de publier les règles générales en vertu desquelles ces décisions seront prises, à la double condition d'abord que ces règles ne contredisent pas celles incluses dans les lois et décrets, ensuite qu'elles ne suppriment pas, toutes les fois qu'il est nécessaire, l'appréciation des circonstances propres à chaque cas individuel (sur des exemples d'application de ces principes cf. Céline Wiener, op. cit., p. 141 et s.) ».

En l'espèce, il était bien certain que l'exigence, comme titres requis des candidats, du C.A.P.E.S. ou de l'agrégation n'était contraire à aucune disposition législative ou prise par voie d'ordonnance souveraine ; d'autre part, elle ne supprimait pas l'appréciation des circonstances propres à chaque cas individuel.

Ainsi, le pouvoir réglementaire de l'autorité ministérielle renaît inlassablement de ses cendres. Plus haut, on avait montré comment le défaut d'entrée en vigueur de l'article 27 de la loi du 14 août 1967, faute de l'ordonnance souveraine d'application, laissait apparemment place au pouvoir réglementaire de l'autorité ministérielle pour l'organisation du service tel qu'il a été défini par l'arrêt J. Puis on a écarté cette conclusion au motif que l'article 31 de la loi, en assignant compétence à l'ordonnance souveraine, avait nécessairement exclu la compétence de l'autorité ministérielle. Mais voici que, parce que subsiste en tout état de cause le pouvoir de l'autorité ministérielle de procéder à des nominations individuelles, réapparaît un pouvoir réglementaire né de la nécessité d'assurer la rationalité et l'égalité dans l'exercice de la compétence en matière de solution des cas individuels. Cette conclusion serait confortée par la jurisprudence française récente sur la validité des « directives » que l'Administration peut arrêter même lorsqu'il lui est impérativement prescrit de ne pas lier le pouvoir discrétionnaire que les textes lui confèrent (Cons. d'État II déc. 1970, Crédit foncier de France : Rec. Lebon, 750, concl. Bertrand - et la jurisprudence subséquente).

15. - Ainsi, chassé par la porte, le pouvoir réglementaire de l'autorité ministérielle rentre par la fenêtre. S'il en est ainsi, ce n'est pas par l'effet de subtilités juridiques gratuites, mais pour des raisons qui tiennent à la « nature des choses ».

La continuité du service public est une règle impérieuse à laquelle le juge a fait souvent produire des effets étonnants. Dans des circonstances exceptionnelles de guerre, il est vrai, elle a justifié la suspension par voie réglementaire d'une disposition législative (Cons. d'État 28 juin 1918, Heyries : S. 1922, 3, 49, note Hauriou). Dans un autre cas, elle a fondé l'intervention du gouvernement pour réglementer l'exercice du droit de grève, alors que cette mission était expressément confiée au législateur par la Constitution (Cons. d'État 7 juill. 1950 : Rev. de dr. publ. 1950, 691, concl. Gazier, note M. Waline).

La nécessité de faire fonctionner le service public a ainsi, pour des raisons d'une particulière importance, justifié la substitution de l'exécutif au législatif. Dans les espèces qui font l'objet des arrêts Dame P. et G., il s'agit d'une substitution de moindre gravité puisqu'elle s'opère à l'intérieur de la sphère de l'exécutif.

16. - Ainsi, par des voies convergentes - pouvoir réglementaire ministériel « par nature » ; prolongement du pouvoir de prendre des décisions individuelles ; continuité du service public - il existe ce que l'on a appelé plus haut un « pouvoir réglementaire de secours » qui peut suppléer à la carence des autorités exécutives et, en certains cas, législatives à qui reviendrait aux termes de la Constitution ou de la loi, le soin d'édicter certaines dispositions générales nécessaires à la bonne marche des services publics.

Mais, comme toute règle ou institution de « secours » s'établissant en marge du droit pour faire face à des nécessités de fait, ce pouvoir réglementaire supplétif doit être enfermé dans des limites acceptables. La théorie des circonstances exceptionnelles, celle de l'état de nécessité ont dû être reconnues par le juge mais celui-ci, au moment même où il leur donnait l'existence s'est aussitôt attaché à les enserrer dans des frontières hors desquelles elles eussent abouti à une pure et simple négation du droit au nom d'intérêts supérieurs réels ou prétendus.

Les limites dans lesquelles s'inscrit le pouvoir réglementaire de « secours » sont certaines.

Tout d'abord, son exercice ne peut être qu'un palliatif qui ne dispense pas l'autorité, désignée par la Constitution ou par la loi pour arrêter sur une matière donnée les règles générales, d'exercer sa compétence. Comme on le disait plus haut (n° 10) l'exercice de cette compétence est, pour elle, une obligation juridique sanctionnée tout à la fois sur le terrain de l'annulation pour excès de pouvoir et sur celui de la réparation indemnitaire.

En second lieu, comme le disent expressément les arrêts Dame P. et G., l'exercice du pouvoir réglementaire « de secours » est placé « sous le contrôle du juge ».

De cette formule générale, on peut essayer de donner un dessin plus précis.

Le contrôle du juge portera évidemment sur l'existence des nécessités auxquelles le règlement pris par une autre autorité que celle qui avait normalement compétence a dû pourvoir. Dans le cas d'espèce, il était clair qu'il était nécessaire que le recrutement des enseignants pût se poursuivre sans attendre l'intervention de l'ordonnance souveraine prévue par l'article 31 de la loi sur l'enseignement. Dans d'autres cas, il pourrait se faire que la nécessité soit contestable. De simples commodités administratives ne justifieraient pas une dérogation aux règles de compétence.

Bien plus, on peut se demander si le juge ne se réserve pas d'étendre son contrôle à la « proportionnalité » qui peut exister entre la nécessité qui justifierait l'exercice du pouvoir réglementaire « de secours » et la plus ou moins grande gravité de l'atteinte portée à l'ordre normal des compétences. Dans le cas d'espèce, l'intérêt s'attachant au recrutement d'enseignants pour le service public était considérable ; le « glissement » de compétence de l'ordonnance souveraine à la délibération gouvernementale était limité. En revanche, on peut supposer que le Tribunal Suprême aurait réservé un traitement plus sévère à la délibération gouvernementale du 20 décembre 1972 si elle avait entendu fixer les titres requis pour l'enseignement privé. En effet, s'agissant de l'enseignement privé, l'absence de la réglementation en forme d'ordonnance souveraine prévue par l'article 27 de la loi sur l'enseignement n'empêche pas le fonctionnement d'un service public et les justifications retenues par le Tribunal Suprême pour reconnaître la validité de la délibération du 20 décembre 1972 ne peuvent être invoquées. Bien plus, encore que la Constitution ne garantisse pas en termes exprès la liberté d'enseignement, la limitation de celle-ci touche à l'exercice d'un droit individuel et relève dans son principe du pouvoir législatif. Sans doute, le législateur peut-il renvoyer à l'ordonnance souveraine certaines règles d'application, ce qu'il a fait par les articles 27 et 31 de la loi du 14 août 1967. Mais l'assignation de compétence ainsi opérée doit être entendue beaucoup plus strictement que dans le cas de l'enseignement public car, si pour des raisons diverses, il existe une sorte de compétence naturelle de l'autorité ministérielle pour organiser le service public, cette compétence naturelle ne se retrouve pas en matière d'enseignement privé, sinon peut-être pour définir les conditions de moralité des enseignants qui intéressent l'ordre public et la sécurité des élèves. Au total, la règle de « proportionnalité » limite sérieusement les pouvoirs de l'Administration.

Enfin, il faut se garder d'une confusion : le pouvoir réglementaire de « secours » est destiné à combler un « vacuum juris » et non à permettre la modification des règles existantes par une autorité incompétente. Le Gouvernement ne peut pas s'en servir pour modifier une loi dont la réforme par la voie normale lui paraîtrait trop difficile ou trop lente. Dans le cas d'espèce, s'il avait existé une réglementation sur le recrutement des enseignants antérieure à la loi du 14 août 1967, elle aurait été applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de l'article 27, par l'effet de l'ordonnance souveraine d'application, et n'aurait pu être modifiée par simple délibération gouvernementale. Bien plus, le « vacuum juris » s'entend de l'absence de toute règle applicable et non de ce que la loi ou la règle applicable présente des lacunes et ne couvre pas, dès lors, telle ou telle difficulté qui n'a pas été prévue. Sauf circonstances exceptionnelles, le soin de combler ces lacunes revient à l'autorité compétente. Le réflexe de l'Administration devant telle ou telle difficulté pratique naissant de l'oubli par le législateur d'un cas

particulier ne doit pas être de recourir au pouvoir réglementaire, mais de proposer au législateur de compléter la loi.

Tel nous paraît être le sens des arrêts du Tribunal Suprême auxquels le présent commentaire est consacré. Dans le cadre des espèces, ils inciteront probablement l'Administration à mettre en œuvre l'article 31 de la loi du 14 août 1967. D'un point de vue plus général, le « contrôle du juge » ne promet pas l'absolution à tous les débordements de compétence.