

*VIe congrès français de droit constitutionnel, A.F.D.C., Montpellier, 9-11 juin 2005.
Atelier 2 – Droit constitutionnel et droits fondamentaux*

La constitutionnalisation du droit disciplinaire

Frédéric Laurie

Maître de conférences – Université Nancy 2 – IRENEE EA 3961

L'existence de discipline dès le XVIIe et le XVIIIe siècles a été présentée par Michel Foucault dans son ouvrage *Surveiller et punir*¹. Foucault y détaille la disciplinarisation des sociétés européennes et l'incorporation des disciplines dans l'organisation des activités humaines. En France, l'exercice de la répression interne contre les fonctionnaires délinquants, d'abord, et dans les ordres professionnels, ensuite, a permis au Conseil d'État de dégager des règles d'organisation et de fonctionnement communes aux diverses disciplines. La construction du droit disciplinaire est donc davantage l'effet de l'office du juge administratif plus que du travail du législateur², en raison de l'importance de l'intervention du pouvoir réglementaire. Par ricochet, cela limite les possibilités d'intervention du Conseil constitutionnel en matière disciplinaire. De plus, la justice disciplinaire n'est pas une justice étatique. Le droit de l'État n'a pas vocation à organiser les disciplines. Malgré ces difficultés méthodologiques, le droit disciplinaire n'a pas échappé au mouvement de constitutionnalisation du droit³. Toutefois, cette constitutionnalisation présente le caractère de ne pas concerner seulement le droit disciplinaire *stricto sensu*, mais le droit répressif non pénal dans lequel s'inscrit le droit disciplinaire.

La jurisprudence constitutionnelle est importante en droit répressif non pénal. Son interprétation et son application par les juridictions ordinaires en ont précisé le champ d'intervention en droit disciplinaire. Et ce n'est que dans de rares occasions que le Conseil constitutionnel a été saisi de dispositions proprement disciplinaires, notamment lors des modifications de statuts des magistrats judiciaires⁴ ou des fonctionnaires⁵. La conjonction des jurisprudences constitutionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État forme un véritable droit constitutionnel disciplinaire. Le droit constitutionnel devient donc une source du droit disciplinaire. Néanmoins, deux réserves tempèrent l'effet de la constitutionnalisation du droit disciplinaire.

D'une part, l'extension des sources du droit disciplinaire au droit constitutionnel est concurrencée par le droit européen des droits de l'homme. Le vide laissé par le droit constitutionnel en matière de procédures disciplinaires est comblé par la Convention européenne des droits de l'homme. L'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable définit un standard procédural

¹ FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975. Voir aussi MORET-BAILLY (J.), *Les institutions disciplinaires*, Mission de recherche Droit et Justice, n° 4, octobre 2003, p. 17.

² On trouve néanmoins quelques rares exceptions telle l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905 qui prévoit le droit à communication de leur dossier aux fonctionnaires poursuivis disciplinairement. Les dispositions intéressant la discipline des statuts de la fonction publique ou du code du travail sont des constructions législatives encore récentes dans l'histoire du droit disciplinaire.

³ FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Économica, 1996, p. 25. Du reste, dès 1990, L. FAVOREU indiquait que le droit des sanctions administratives ne pouvait être traité « sans évoquer la Constitution et son interprétation jurisprudentielle » (« Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 86).

⁴ Décision n°93-336 DC du 27 janvier 1994, Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, *RJC* I-579 ; décision n°2001-445 DC du 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

⁵ Décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, décision n°77-83 DC du 20 juillet 1977, loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires), *RJC* I-315 ; *RFDA*, 1987, p. 807, note GENEVOIS (B.).

applicable aux procédures disciplinaires⁶. De la sorte, il est plus juste d'évoquer l'eupéanisation du droit disciplinaire que la constitutionnalisation de ce droit lorsque l'on envisage les sources du droit disciplinaire formel. L'influence de la CEDH modifie aussi la perception du droit disciplinaire en insistant sur ses aspects processuels. Or, l'insistance du discours sur les garanties disciplinaires et la juridictionnalisation de la procédure disciplinaire traduit une perte de sens au détriment de l'intérêt fondamental présenté par les objectifs de ce droit⁷. Au contraire, la constitutionnalisation du droit disciplinaire fait apparaître les aspects fondamentaux de ce droit en s'intéressant à des notions telles que le pouvoir disciplinaire ou la sanction disciplinaire. Néanmoins, ceci n'exclut pas que certaines notions procédurales, l'obligation du caractère contradictoire de la procédure disciplinaire et les droits de la défense ou la présomption d'innocence, constituent des principes à valeur constitutionnelle⁸.

D'autre part, le propre de la justice disciplinaire consiste à ne pas être une justice étatique. L'ensemble des mécanismes d'accès à la justice disciplinaire témoigne de l'hétérogénéité des voies de recours en matière disciplinaire⁹. La diversité des sphères disciplinaires postule le pluralisme des ordres disciplinaires comme ordres juridiques distincts. Cette appréciation confirme l'approche de Santi Romano d'après laquelle le droit n'est pas inhérent à l'État mais le résultat d'une « équation nécessaire et absolue » entre toute institution et tout ordre juridique¹⁰. Cette appréciation dans le domaine disciplinaire lui donne aussi à cette approche une nouvelle vigueur et un nouveau terrain d'expérimentation. Elle rend aussi plus malaisée l'analyse des conséquences de la constitutionnalisation du droit disciplinaire car l'effet de la constitutionnalisation consiste alors en la détermination d'un socle commun mais minimum de principes et de règles propres à toutes les formes de discipline. Ce socle s'appuie sur des normes de références tirées essentiellement de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

En dépit de ces réserves, la portée de la constitutionnalisation du droit disciplinaire ne doit pas être mésestimée car la Constitution ouvre la voie à une justice non étatique de nature afflictive. La compétence de répression n'est pas réservée par la Constitution à la juridiction judiciaire. Les textes constitutionnels organisent seulement les conditions de la primauté de la loi mais non la répartition des compétences répressives. L'article 34 se borne à reprendre le principe de légalité des incriminations et des sanctions prévu à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le législateur a une compétence discrétionnaire pour conférer à une autorité un pouvoir de répression. Le Conseil constitutionnel a confirmé cette affirmation. Dans une décision de 1983, le juge constitutionnel a admis que le législateur attribue un pouvoir de répression à une autorité ne relevant pas du pouvoir judiciaire¹¹.

⁶ Cour E.D.H., 8 juin 1976, Engel et autres c. Pays-Bas, *Série A*, n°22, *AFDI*, 1977, p. 480, obs. PELLOUX (R.) ; *Cahiers de droit européen*, 1978, p. 368, note COHEN-JONATHAN (G.) ; Cour E.D.H., 28 juin 1978, König c. Allemagne, *Série A*, n°27 ; *Cahiers de droit européen*, 1979, p. 474, obs. COHEN-JONATHAN (G.) ; *AFDI*, 1979, p. 348, obs. PELLOUX (R.) ; *Journal de droit international*, 1980, p. 460, obs. ROLLAND (P.). Cette remarque n'est pas moins valable en ce qui concerne l'article 13 de la CEDH relatif au droit à un recours effectif, mais dans une moindre mesure.

⁷ RIVIER (M.-C.), « Le droit disciplinaire, un nouvel objet dans les disciplines juridiques ? », conclusion au colloque du CERCRIID des 28-29 janvier 2005, Université Jean Monnet, *Vers un droit commun disciplinaire ?*, actes à paraître.

⁸ Décision n°88-268 DC du 29 décembre 1989, *RJC* I-382 ; *Pouvoirs*, n°53, 1990, p. 64 et p. 182, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Rev. adm.*, 1990, p. 426, note ÉTIEN (R.) ; *RFDA*, 1990, p. 143, chron. GENEVOIS (B.) ; *RFDC*, n°1, 1990, p. 122, chron. PHILIP (L.) ; décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *RJC* I-91, *D.*, 1981, jurisp. p. 101, note PRADEL (J.) ; *AJDA*, 1981, p. 275, note RIVERO (J.) ; FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 12^e éd., 2003, n°30, p. 427.

⁹ MORET-BAILLY (J.), *L'accès à la justice disciplinaire*, CERCRIID, Université Jean Monnet, 2002.

¹⁰ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975, p. 25.

¹¹ Décision n°82-155 DC du 30 décembre 1982, *RJC* I-149 ; *RDP*, 1983, p. 333, comm. FAVOREU (L.) ; *Pouvoirs*, n°25, 1983, p. 199, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Rev. adm.*, 1983, p. 142, comm. de VILLIERS (M.).

Lorsqu'une autorité administrative a une compétence répressive, son pouvoir de répression est comparable à celui exercé par le pouvoir judiciaire répressif. Ainsi, le droit disciplinaire tendrait à se rapprocher du droit pénal par l'effet de la constitutionnalisation. Cela conduit à l'émergence d'un droit constitutionnel répressif, qui s'affranchit des distinctions entre le droit public et le droit privé¹². Or, comme le précisait le Doyen Louis Favoreu, le rapprochement des branches du droit public et du droit privé est une conséquence directe de la constitutionnalisation du droit et concourt à l'unité du droit¹³. Toutefois, le droit disciplinaire conserve certaines spécificités liées à sa nature de justice interne à un groupement de nature à empêcher l'alignement parfait droit disciplinaire – droit pénal au sein d'un droit constitutionnel répressif. Ceci montre que la constitutionnalisation du droit disciplinaire a un effet ambivalent. D'une part, l'autonomie du droit disciplinaire est affirmée par sa constitutionnalisation (I). D'autre part, l'émergence d'un droit constitutionnel répressif pointe avec l'affirmation constitutionnelle de la soumission du droit disciplinaire au principe de légalité (II).

I – L'affirmation de l'autonomie du droit disciplinaire par sa constitutionnalisation

La constitutionnalisation du droit disciplinaire renforce son autonomie. Ce mouvement ne concourt donc pas toujours à la formation d'un droit constitutionnel répressif comme droit répressif commun au droit pénal et au droit disciplinaire. Certes, l'hypothèse du rapprochement entre le droit disciplinaire et le droit pénal ne peut être exclue (A), mais ce rapprochement est rendu impossible par l'effet de la constitutionnalisation du pouvoir disciplinaire (B).

A – L'hypothèse du rapprochement entre le droit disciplinaire et le droit pénal

La constitutionnalisation du droit disciplinaire repose d'abord sur la reconnaissance de bases constitutionnelles au pouvoir disciplinaire. Or, dans ce domaine, aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit à la loi de confier à un organisme un pouvoir disciplinaire. Ainsi, en particulier, ni la nature des fonctions de mandataire de justice, ni la protection des droits des parties concernées par un redressement judiciaire n'imposent de confier l'exercice du pouvoir disciplinaire à un organisme particulier¹⁴.

A. Légal et J. Brèthe de la Gressaye ont défini le pouvoir disciplinaire comme « un pouvoir juridique ayant pour objet d'imposer aux membres du groupe, par des sanctions déterminées, une règle de conduite en vue de les contraindre à agir conformément au but d'intérêt collectif qui est la raison d'être de ce groupe »¹⁵. Cette définition est inspirée par la théorie de l'institution développée par Hauriou¹⁶. Hauriou a défini l'institution comme « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement, dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du

¹² Ainsi, « les lois pénales laissent de moins en moins d'espace vide et le quadrillage disciplinaire se superpose de plus en plus souvent au quadrillage pénal » (DELMAS-MARTY (M.), « Réflexions sur le pouvoir disciplinaire », *RTDH*, 1995, p. 155), à tel point qu'il existe une « répression disciplinaire de l'infraction pénale » (PRALUS-DUPUY (J.), « La répression disciplinaire de l'infraction pénale », *RSC*, 1992, p. 229).

¹³ FAVOREU (L.), « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *op. cit.*, p. 88.

¹⁴ Décision n°84-182 DC du 18 janvier 1985, Loi relative aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise ; *RJC* I-207 ; *D.*, 1985, jurisp., p. 425, note RENOUX (T. S.).

¹⁵ LÉGAL (A.) et BRETHER de la GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, Sirey, Paris, 1938, p. 18.

¹⁶ HAURIOU (M.), « L'institution et le droit statutaire », *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, p. 134 ; « La théorie de l'institution et la fondation (essai de vitalisme social) », *Les cahiers de la nouvelle journée*, n°4, 1925, p. 1.

pouvoir et réglées par des procédures »¹⁷. L'existence du droit disciplinaire est justifiée par le souci de garantir la réalisation de l'idée institutionnelle par les membres de l'institution. Le pouvoir disciplinaire est fondé sur le pouvoir de direction dans l'institution.

Il existe autant de formes d'institutions que de missions qui leurs correspondent¹⁸. Mais l'État a un pouvoir qui s'impose aux autres institutions, ce qui en fait l'institution primaire par rapport à toutes les autres institutions. L'État est l'institution primaire. Il serait donc possible d'affirmer le caractère disciplinaire de la répression pénale en tenant compte de la nature institutionnelle de la répression pénale, le droit pénal étant au fond, pour certains, le droit répressif de l'institution primaire¹⁹, alors que, pour d'autres, c'est le droit disciplinaire qui est le droit pénal du groupement corporatif²⁰. Ceci peut être justifié par le fondement commun de la répression pénale et de la répression disciplinaire. Ce fondement est le maintien de l'ordre dans l'institution primaire (répression pénale) et le maintien de l'ordre dans les institutions secondaires (répression disciplinaire). La doctrine classique en droit disciplinaire va même jusqu'à affirmer que « le droit disciplinaire n'est au fond que le droit pénal particulier des institutions »²¹. Et certains auteurs de conclure à la lecture de la décision de 1982, par laquelle le Conseil constitutionnel a considéré que les exigences applicables à la peine en droit pénal s'étendaient à toutes les sanctions ayant le caractère d'une punition quelle que soit l'autorité qui la prononce, qu'il existe à l'intérieur des sanctions des punitions auxquelles doivent s'appliquer les principes du droit pénal²². Même si M. Degoffe, qui a émis cette opinion, conclut que le régime des punitions ne caractérise que l'existence d'un droit pénal « au rabais »²³. Cette interprétation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel favorise l'idée du rapprochement entre les répressions pénale et disciplinaire. Elle contredit l'opinion d'après laquelle le pouvoir disciplinaire caractérise l'autonomie du droit disciplinaire et le droit pénal est étranger au champ du disciplinaire.

Or, la notion de répression pénale est inconciliable avec la notion de discipline. La répression disciplinaire ne concerne que les individus d'un groupe déterminé alors que la répression pénale concerne l'ensemble des individus de la société. Si la répression pénale est une répression disciplinaire, le caractère interne de la discipline n'existe plus. Toutes les disciplines se valent et la discipline pénale est alors une discipline qui se rajoute à la discipline du groupe. Sont alors niées les propriétés du droit disciplinaire, notamment qui consacrent le caractère non étatique de la répression disciplinaire.

De plus, le caractère disciplinaire de la répression pénale est inconciliable avec la notion d'institution. L'implantation d'une institution est liée à la détermination d'un territoire défini par « l'inscription, le marquage, le positionnement de l'institution dans l'espace social »²⁴. L'interprétation de cette analyse permet d'affirmer que la répression pénale n'est pas un phénomène institutionnel. En effet, la répression pénale n'a pas de marquage social déterminé puisqu'elle embrasse l'ensemble de la société. Pour cette raison, elle n'a pas de territoire à protéger, ce qui la différencie fondamentalement de la répression disciplinaire qui résulte du positionnement particulier de l'institution administrative dans la société. De plus, alors que la répression pénale est toujours une répression judiciaire, la répression disciplinaire est variablement assurée par des

¹⁷ HAURIU (M.), *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, *ibid.*, p. 10.

¹⁸ RENARD (G.), *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930, p. 222 ; MOURGEON (J.), *La répression administrative*, LGDJ, 1967, n°20, pp. 32-34.

¹⁹ MOURGEON (J.), *ibid.*, p. 56

²⁰ BONNARD (R.), *De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics*, thèse, Bordeaux, 1902.

²¹ LÉGAL (A.) et BRETHER de la GRESSAYE (J.), *Le pouvoir disciplinaire dans les entreprises privées*, *op. cit.*, p. 114.

²² DEGOFFE (M.), *Droit de la sanction non pénale*, *Économica*, 2000, pp. 34-35 et pp. 50 et suiv.

²³ *Ibid.*, p. 72.

²⁴ CHEVALLIER (J.), « L'analyse institutionnelle » in C.U.R.A.P.P., *L'institution*, PUF, 1981, p. 14.

organismes juridictionnels ou non ²⁵.

Mais, surtout, les indications données par le droit constitutionnel français nous semblent de nature à confirmer l'hypothèse d'une distinction entre le droit disciplinaire et le droit pénal fondée sur la spécificité du pouvoir disciplinaire.

B – Un rapprochement rendu impossible par la constitutionnalisation du pouvoir disciplinaire

En premier lieu, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'un pouvoir répressif distinct du pouvoir répressif pénal est un argument incontestable de distinction entre ces deux pouvoirs ²⁶. Ceci repose sur la réserve de compétence du juge judiciaire, du juge pénal en particulier, pour prononcer des peines privatives de liberté prévues par l'article 66 de la Constitution ²⁷. Cette peine est de nature à caractériser à elle seule le droit pénal par rapport au droit disciplinaire puisque seule l'autorité judiciaire peut priver un individu de sa liberté. Or, l'affirmation de la spécificité du pouvoir pénal par le Conseil constitutionnel trouve sa contrepartie dans l'affirmation constitutionnelle de la liberté individuelle énoncée à l'article 66 ²⁸. À l'inverse, pour les sanctions non privatives de liberté, « le principe de séparation des pouvoirs non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis » ²⁹.

En second lieu, le pouvoir disciplinaire est une illustration du pouvoir hiérarchique ³⁰. La puissance hiérarchique se définit ainsi par son but. D'après R. Carré de Malberg, la puissance hiérarchique est conférée « aux administrateurs supérieurs pour l'accomplissement de leur tâche constitutionnelle » ³¹. Cette tâche est l'exécution des lois. On peut donc trouver une habilitation constitutionnelle à exercer le pouvoir disciplinaire lorsque, dans l'administration, un agent s'oppose par son comportement à l'exécution de la loi. Peu importe, à ce titre, que le juge constitutionnel a admis que les dispositions de l'article 21 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre un loi » ³², car cette habilitation à exercer un pouvoir réglementaire constitue notamment une habilitation à exercer le pouvoir disciplinaire par la voie réglementaire ou à définir des règles déontologiques qui sont alors des normes de référence de l'exercice du pouvoir répressif

²⁵ Du BOIS de GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, LGDJ, 1974, p. 103.

²⁶ Décision n°82-155 DC du 30 décembre 1982, *op. cit.*

²⁷ Selon l'article 66 de la Constitution, « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». La réserve de compétence judiciaire résultant de l'application de cette disposition a été reconnue par le Conseil constitutionnel saisi d'une loi prévoyant l'institution d'une peine contraventionnelle privative de liberté (décision n°73-80 L du 28 novembre 1973, Mesures privatives de liberté, *RJC* II-57 ; *AJDA*, 1974, p. 229, note RIVERO (J.) ; *RDP*, 1974, p. 889, note de SOTO (J.) ; *Gaz. pal.*, 1974, jurisp., p. 267, note VALENS (J.-P.).

²⁸ FAVOREU (L.), « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale. Vers un droit constitutionnel pénal », *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 189.

²⁹ Décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989, Commission des opérations de bourse ; *RJC* I-365 ; *Pouvoirs*, n°52, 1990, p. 189, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *RFDA*, 1989, p. 671, note GENEVOIS (B.).

³⁰ CE, Sect., 30 juin 1950, Quéral, *Rec.*, p. 413 ; *Dr. soc.*, 1951, p. 246, concl. DELVOLVÉ ; *D.*, 1951, jurisp., p. 593, note Marion ; *S.*, 1951, III, p. 85, note AUBY (J.-M.).

³¹ CARRÉ de MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, Paris, 1920, rééd. C.N.R.S., Paris, 1962, t. 1, n°172, p. 518.

³² Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, *RJC* I-339 ; *RDP*, 1989, p. 399, note FAVOREU (L.) ; *RFDA*, 1989, p. 215, comm. GENEVOIS (B.) ; *Pouvoirs*, n°50, 1989, p. 197, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Rev. adm.*, 1989, p. 223, note AUTIN (J.-L.) ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n°41, p. 706.

non pénal³³. Au contraire, le droit pénal est caractérisé par la compétence exclusive du juge pénal et le respect du principe de la légalité tant en droit pénal de fond qu'en procédure pénale. Mais, surtout, il ne paraît alors pas impossible de raccrocher le pouvoir exécutif comme base constitutionnelle du droit administratif décrit par le Doyen Vedel à l'exercice du pouvoir disciplinaire. Selon les termes du Doyen Vedel, « administrer, c'est exécuter les lois ». Précisément, la tâche d'administration, ainsi reliée à la notion de pouvoir exécutif, comporte deux sortes d'objectifs qui sont le maintien de l'ordre public et le fonctionnement des services publics. Or, alors que « le second objectif est le fonctionnement des *services publics* destinés à satisfaire les besoins collectifs par des prestations ; pour atteindre ce but, l'exécutif dispose de moyens variés : le pouvoir réglementaire appliqué à l'organisation des services [et] le pouvoir hiérarchique et disciplinaire »³⁴. L'exercice du pouvoir disciplinaire trouve ainsi une base constitutionnelle dont la nature diffère en tout point du pouvoir de répression pénale. Alors que le premier relève de l'exercice du pouvoir exécutif, le second est inhérent à l'exercice de la fonction judiciaire. Cette affirmation est valable sortie du cadre hiérarchique. Ainsi, le rapport spécial de subordination existant entre une autorité administrative et un établissement dépendant de l'État justifie l'élargissement de la base constitutionnelle du pouvoir disciplinaire entendu comme manifestation du pouvoir exécutif aux démembrements de l'État³⁵. L'exercice du pouvoir discrétionnaire devient ainsi un attribut du pouvoir exécutif. Ce qui ne peut pas être reconnu à l'exercice de la répression pénale. Pour autant, cette affirmation n'est pas absolue. La force de l'argument qui assure la spécificité du pouvoir disciplinaire est réduite par la diversité des formes prises aujourd'hui par la répression disciplinaire.

Le pouvoir disciplinaire est aujourd'hui notamment assuré par des juridictions disciplinaires. L'argument tiré de l'habilitation à exercer le pouvoir exécutif est donc alors contesté. Dans ce cas, la spécificité du pouvoir disciplinaire par rapport à la répression pénale ressort du caractère administratif des juridictions disciplinaires. Dans le silence du législateur qui n'a pas qualifié un organisme administratif de juridiction disciplinaire, c'est essentiellement à un critère matériel que l'on doit se référer pour reconnaître une juridiction, à la condition qu'une loi a institué l'organisme considéré conformément à l'article 34 qui pose la compétence du législateur pour créer de nouveaux ordres de juridiction. Or, le critère matériel repose sur une liaison opérée par le juge administratif entre la qualité de juridiction et l'exercice d'une mission de répression disciplinaire³⁶. La consécration du critère matériel de la répression disciplinaire exercé par un organisme ayant le caractère de juridiction résulte d'un important arrêt du Conseil d'État rendu en 1953³⁷. Elle a été confirmée par la doctrine³⁸. De surcroît, lorsqu'une juridiction administrative assure le pouvoir disciplinaire, elle exerce un pouvoir dans des conditions d'indépendance par rapport à la juridiction judiciaire. Il y a donc une spécificité du pouvoir disciplinaire qui n'est en aucun cas démentie par l'attribution de ce pouvoir à une juridiction. Cette spécificité repose alors sur un fondement distinct, l'indépendance des juridictions.

L'exercice du pouvoir disciplinaire par des autorités différentes à l'égard des magistrats judiciaires ne méconnaît pas le principe d'égalité. En effet, la distinction entre les magistrats, selon qu'ils ont exercé leurs dernières fonctions dans le corps judiciaire soit au siège soit au parquet ou à l'administration centrale du ministère de la justice, résulte de critères objectifs tenant à une

³³ Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996, Loi portant réglementation des télécommunication, *RJC* I-675 ; *RFDA*, 1996, p. 909, note CHEVALLIER (J.) ; *RFDC*, 1996, n°28, p. 823, note TRÉMEAU (J.).

³⁴ VEDEL (G.), « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *EDCE*, n°8, 1954, n°31, p. 37 et n°38, p. 41 (l'italique est mis par l'auteur).

³⁵ V. CARRÉ de MALBERG (R.), *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français*, 1933, pp. 123-124.

³⁶ CE, Ass., 12 juillet 1969, Sieur l'Étang, *Rec.*, p. 388.

³⁷ CE, Ass., 12 décembre 1953, de Bayo, *Rec.*, p. 544 ; *Dr. adm.*, 1954, p. 3, concl. CHARDEAU (J.).

³⁸ CHAPUS (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la juridiction administrative », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Cujas, Paris, 1977, pp. 236

différence de situations ³⁹. La remise du pouvoir disciplinaire à des autorités distinctes selon la qualité des magistrats n'est donc pas contraire à la Constitution ⁴⁰.

Par ailleurs, le pouvoir disciplinaire est aussi exercé dans des institutions privées dont le contrôle juridictionnel relève du juge judiciaire. C'est le cas, par exemple, dans les associations, à l'égard des gérants de débits de tabac ou encore des sociétés de crédit immobilier. Le fondement du pouvoir exécutif comme base constitutionnelle du pouvoir disciplinaire est ici évidemment inopérant. De plus, il est assurément plus difficile de rendre inévitable le rapprochement entre droit pénal et droit disciplinaire, qui peut survenir, si à l'occasion d'une procédure pénale une action civile est formée qui porte sur un litige disciplinaire (sauf en matière sociale, mais dans ce cas, la solution adoptée par le juge pénal s'impose au juge prud'homal au moins pour la constatation des faits). Mais, si l'état du droit constitutionnel et de la constitutionnalisation du droit disciplinaire nous paraît inopérant à caractériser l'action disciplinaire, en revanche, ce rapprochement ne semble pas pouvoir être acquis pour deux raisons.

D'abord, l'action disciplinaire a toujours été considérée comme une action *sui generis*. La reconnaissance du caractère *sui generis* de l'action disciplinaire, notamment par rapport à l'action pénale, est concomitante à celle d'une action disciplinaire autonome. ⁴¹ L'action criminelle ne peut porter que sur des faits positivement caractérisés par la loi, de crime, délit ou contravention. L'action disciplinaire, au contraire, peut s'étendre à tous les faits non caractérisés, qui blessent l'honneur, la délicatesse du corps ou de la profession publique à laquelle on appartient ⁴². Si l'on revient à la distinction entre les objets de ces répressions, c'est que cette distinction assure celle opposant le droit pénal et le droit disciplinaire même lorsque c'est la juridiction judiciaire qui contrôle l'exercice de ces actions.

Ensuite, le système disciplinaire comme système juridique présente des spécificités. En effet, en dépit de l'existence d'un ordre de juridiction disciplinaire propre, les systèmes disciplinaires ne peuvent pas être considérés comme des sous-systèmes juridictionnels. Ils obéissent à des règles propres, selon des mécanismes spécifiques, au même titre que les autres systèmes juridictionnels. La grande différence réside en ce que les systèmes juridictionnels disciplinaires relèvent de la juridiction judiciaire ou administrative de cassation, c'est-à-dire appartenant à un autre système que le leur, là où les systèmes administratif et judiciaire ont leur propre système de cassation. Cela suffit-il à nier l'autonomie des systèmes juridictionnels disciplinaires. La réponse est négative car le juge de cassation est juge du droit, c'est-à-dire du droit applicable dans le système juridique d'où le litige provient. Dans ce cadre, le mécanisme du contrôle de cassation ne tend qu'à la régulation jurisprudentielle du système disciplinaire dans le respect de la pluralité des disciplines. La meilleure preuve en est que tant la Cour de cassation et le Conseil d'État sont compétents en matière de contrôle de cassation des décisions rendues par les juridictions disciplinaires, ce qui montre que la nature administrative ou judiciaire de la juridiction qui exerce le contrôle de cassation n'influe pas sur les systèmes disciplinaires. Dans le cas contraire, depuis que ces deux juridictions exercent le contrôle de cassation des juridictions disciplinaires, des divergences seraient sans doute nées et auraient concouru à l'instauration d'un clivage entre un droit disciplinaire privé et un droit disciplinaire public. Il nous semble ainsi reconnaître une « relevance » propre à un ordre juridique déterminé, l'ordre juridique disciplinaire, que le Conseil d'État et la Cour de cassation sont chargés d'entretenir par la voie de leur contrôle de cassation. Or, l'existence d'un ordre juridique pour Santi Romano est caractérisée par la validité de la règle de droit dans cet ordre juridique. Enfin, pour

³⁹ Décision n°93-336 DC du 27 janvier 1994, Loi organique modifiant l'ordonnance n°58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature, *op. cit.*

⁴⁰ Décision n°2001-445 DC, 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

⁴¹ DUPIN, rapport sur Cass. Civ., Procureur général près la Cour d'appel de Rennes c. Serain, *D.*, 1858, I, p. 271.

⁴² TROPLONG, rapport sur Cass. req., 6 mai 1844, Ministère public c. Carle, *S.*, 1844, I, p. 562.

revenir au point de départ, on note que l'institution, qui devait fondé l'analogie entre droit pénal et droit disciplinaire (puisque le droit pénal n'est que le droit disciplinaire de l'État compris comme institution primaire) présente un caractère multiforme dès lors qu'on en envisage le concept du point de vue de l'ordre juridique. En effet, il y a équivalence entre les concepts d'institution et d'ordre juridique puisque les caractères essentiels de ces concepts coïncident⁴³. Par conséquent, on doit envisager autant de régimes de droit objectif qu'il existe d'institutions donc des ordres juridiques distincts et le régime du droit pénal ne peut être confondu avec celui du droit disciplinaire⁴⁴.

L'absence de remise en cause, notamment par le Conseil constitutionnel, de la distinction entre pouvoir disciplinaire et pouvoir de répression pénale et l'identification de règles procédurales applicables à l'ensemble du droit disciplinaire (notamment sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme) est de nature à justifier l'impossibilité d'un alignement absolu entre le droit disciplinaire et le droit pénal. L'impossibilité d'un rapprochement absolu n'empêche pas que l'affirmation constitutionnelle de la soumission du droit disciplinaire au principe de légalité soit un élément fort de rapprochement entre le droit pénal et le droit disciplinaire qui participe de l'élaboration d'un droit constitutionnel répressif.

II – L'affirmation constitutionnelle de la soumission du droit disciplinaire au principe de légalité

L'affirmation constitutionnelle de la soumission du droit disciplinaire au principe de légalité a pour effet de rapprocher le droit disciplinaire du droit pénal au sein d'un droit constitutionnel répressif. Cette affirmation repose sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme. En effet, le juge constitutionnel s'inspire des principes applicables en droit pénal pour les appliquer en droit répressif non pénal et, en particulier, en droit disciplinaire. Ceci s'observe tant en ce qui concerne l'application du principe de légalité aux fautes disciplinaires (A) qu'aux sanctions disciplinaires (B).

A – Le principe de légalité des fautes disciplinaires

Le principe de la légalité des délits est une exigence constitutionnelle posée par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Selon cet article, « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Les règles dégagées par l'article 8 s'applique naturellement en droit pénal. Mais le Conseil constitutionnel a étendu leur champ d'application au droit administratif répressif.

Dans la décision *Conseil supérieur de l'audiovisuel* de 1989, le juge constitutionnel a accordé l'exigence de légalité résultant de principe de légalité des incriminations avec le constat de l'indétermination légale des infractions administratives⁴⁵. Pour le Conseil, il résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que le principe de la légalité des délits et des peines soit respecté.

⁴³ ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, *op. cit.*, pp. 29-30. S. ROMANO estime même « qu'entre le concept d'institution et celui d'ordre juridique, envisagé dans son ensemble comme unité, il existe une identité parfaite » (p. 23).

⁴⁴ Pour Jean-Marie Auby, « la répression pénale prise *in globo* s'applique à tous ceux qui relèvent de l'ordre juridique étatique et on peut parler à cet égard, de sa généralité. Au contraire, la répression disciplinaire se caractérise par sa spécialité : visant à assurer le respect de règles particulières à diverses institutions, elle constitue pour chaque pouvoir considéré un cercle limité d'assujettis » in AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye*, Bière, 1967, p. 74.

⁴⁵ Décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, Conseil supérieur de l'audiovisuel, *op. cit.*

L'application du principe de la légalité des incriminations confère au législateur la charge de définir les éléments constitutifs des incriminations. L'élément moral est le complément nécessaire de l'élément matériel dans l'appréciation d'une infraction. En matière pénale, le Conseil constitutionnel a relevé que « la définition d'une incrimination doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »⁴⁶. Cette analyse est transposable en droit disciplinaire. Ainsi, l'infraction disciplinaire est constituée par l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral⁴⁷. Cet élément n'est exigé ni par le statut général, ni par le code du travail. Le juge administratif et le juge judiciaire n'ont pas profité de la carence du législateur pour définir l'élément moral de la faute disciplinaire. Mais la présence de cet élément est obligatoire. Son absence entraîne l'illégalité de la sanction disciplinaire⁴⁸, même si l'élément moral ou intentionnel ne requiert que la culpabilité de l'auteur des faits⁴⁹. En outre, la jurisprudence constitutionnelle précise qu'une infraction (ou une faute) d'une « certaine gravité » doit nécessairement inclure un élément intentionnel⁵⁰. En ce qui concerne l'élément matériel, le Conseil constitutionnel impose que l'inexécution des obligations de service doit être suffisamment manifeste pour justifier l'infliction d'une mesure à l'encontre d'un agent public, alors même que cette mesure ne présente pas, par sa nature, un caractère disciplinaire⁵¹.

L'exigence de légalité des incriminations posée par le Conseil constitutionnel (dans la décision *CSA*) « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais [s'étend] à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ; considérant toutefois, qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis ». En mettant en œuvre la décision *CSA*, le Conseil d'État a considéré que les infractions sont définies par référence aux obligations auxquelles est soumise une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève⁵².

Le motif du bas niveau d'exigence législative posé par le Conseil constitutionnel a pour effet de limiter l'application du principe de légalité des incriminations au seul recours formel à la loi pour définir la faute disciplinaire. Certes, cette introduction procède de la compétence législative, en application de l'article 34 de la Constitution qui attribue au pouvoir législatif la compétence de déterminer les crimes et délits (ainsi que les peines qui leurs sont applicables). Le législateur bénéficie d'une véritable réserve de loi⁵³. Le Conseil constitutionnel exige la clarté, la précision et l'absence d'incertitude de la loi⁵⁴. Cette exigence qui résulte de l'application du principe de la légalité constitue une adaptation en droit français du principe de typicité dégagé par le Tribunal constitutionnel espagnol. Selon ce principe, le législateur ou le pouvoir réglementaire doit déterminer les « faute et infraction administratives », qui relèvent de sa compétence, de telle manière que l'ensemble des règles applicables permet de prédire, avec un degré suffisant de

⁴⁶ Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999, Sécurité routière, *RJC* I-820 ; *AJDA*, 1999, p. 763 et p. 690, chron. SCHOETTL (J.-É.) ; *RDP*, 1999, p. 1287, note LUCHAIRE (F.).

⁴⁷ DELPÉRÉE (F.), *L'élaboration du droit disciplinaire dans la fonction publique*, LGDJ, 1969, n°39, p. 71.

⁴⁸ CE, 5 juillet 1985, M. M., *Rec.*, p. 223.

⁴⁹ CE, 7 juin 1917, Tarrel, *Rec.*, p. 941 ; CE, 23 mai 1947, Sziri, *Rec.*, p. 219.

⁵⁰ Décision n°99-411 DC du 16 juin 1999, Sécurité routière, *op. cit.*

⁵¹ Décision n°77-83 DC du 20 juillet 1977, Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires), *op. cit.*

⁵² CE, Ass., 7 juillet 2004, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Benkerrou, req. n°255136.

⁵³ TRÉMEAU (J.), *La réserve de loi*, Economica, Paris, 1997.

⁵⁴ Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *op. cit.*

certitude, la nature et le degré de la sanction susceptible d'être infligée⁵⁵.

En France, sur ce point, les exigences constitutionnelles divergent avec le droit disciplinaire. Certes, le législateur définit la faute disciplinaire dans les diverses disciplines. Mais ces définitions sont variablement complètes. Seule l'existence de ces références satisfait l'exigence de légalité des incriminations. Pour le reste, les définitions légales de la faute disciplinaire ne sont surtout que des mentions du cadre général dans lequel s'inscrit la reconnaissance de cette faute. Ceci s'observe tant dans la fonction publique où la faute disciplinaire est définie comme « toute faute commise par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions l'expose à une sanction disciplinaire sans préjudice, le cas échéant, des peines prévues par la loi pénale »⁵⁶, par exemple en droit judiciaire privé où la faute disciplinaire commise par un notaire, un avoué près la cour d'appel, un huissier ou un commissaire-priseur est définie comme « toute contravention aux lois et règlements, toute infraction aux règles professionnelles, tout fait contraire à la probité, à l'honneur ou à la délicatesse commis un officier public ou ministériel, même se rapportant à des faits extraprofessionnels, donne lieu à sanction disciplinaire »⁵⁷.

Ces définitions sont imprécises, mais cela montre que l'exigence de la loi est une exigence minimale. Du reste, la doctrine a estimé, avant que ne commence toutefois le processus de constitutionnalisation, que « le principe de légalité de l'incrimination entendu au sens formel, c'est-à-dire dans le sens de l'existence d'un texte législatif, n'est certainement pas applicable en matière disciplinaire »⁵⁸. Incontestablement, la constitutionnalisation a rendu impossible cette lecture passée de l'état de droit. En Allemagne, où le processus de constitutionnalisation est antérieur à celui déclenché en France, un niveau d'exigence formel de la loi est retenu de manière comparable à celui retenu en France. L'absence de détermination légale et précise de la faute disciplinaire en Allemagne n'est pas inconstitutionnelle par rapport à l'article 103 alinéa 2 de la Loi fondamentale qui prévoit le principe de la légalité des incriminations. En effet, le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe a estimé que le principe s'applique en droit disciplinaire « avec toutefois quelques restrictions résultant des particularités de la matière concernée »⁵⁹. Le principe de la légalité des incriminations n'est donc pas contrarié par l'existence d'incrimination indirecte dès lors que ce principe est respecté. La définition exacte des fautes disciplinaires susceptibles d'être commises par un agent disciplinaire repose sur les obligations mises à la charge de cet agent⁶⁰. Ceci est confirmé par le Conseil constitutionnel dans la décision *CSA* puisque l'exigence d'une définition des infractions se trouve satisfaite, en matière administrative, par référence aux obligations dont le titulaire d'une autorité administrative est soumis en vertu des lois et règlements. Mais il peut tout autant s'agir de la Constitution elle-même.

Ainsi, la loyauté des fonctionnaires allemands a un fondement constitutionnel. L'alinéa 5 de la Loi

⁵⁵ Tribunal constitutionnel espagnol, arrêt 61/1990 du 29 mars 1990, *B.O.E.* du 4 mai 1990, supplément au n°107, p. 47. Pour la mise en œuvre de ce principe rapporté au droit disciplinaire de la fonction publique espagnole, voir l'article 87 du décret-loi 315/1964 du 7 février 1964 portant statut des fonctionnaires civils de l'État, *B.O.E.*, n°40 du 15 février 1964, voir GARCIA de ENTERRIA (E.) et ESCALANTE (J. A.), *Codigo de las leyes administrativas*, Civitas, Madrid, 1995, p. 618 et les articles 5 à 8 du décret royal 33/1986 du 10 janvier 1986 réglementant le régime disciplinaire des fonctionnaires de l'administration de l'État, *B.O.E.*, n°15 du 17 janvier 1986 ; GARCIA de ENTERRIA (E.) et ESCALANTE (J. A.), *ibid.*, p. 672.

⁵⁶ Article 29 du statut général de la fonction publique.

⁵⁷ Article 2 de l'ordonnance n°45-1418 du 28 juin 1945 relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels. Cette observation est valable aussi dans d'autres disciplines, voir l'article L. 822-1 du code de l'organisation judiciaire pour les greffiers des tribunaux de commerce, l'article 43 alinéa 1 de l'ordonnance n°58-1270 portant statut de la magistrature ou encore l'article L. 122-40 du code du travail.

⁵⁸ AUBY (J.-M.), « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », *op. cit.*, p. 85.

⁵⁹ Tribunal constitutionnel fédéral, 11 juin 1969, *BverfGE*, tome 26, p. 186 (204), décision citée par FROMONT (M.), « L'administration répressive en Allemagne », *AEAP*, 1995, p. 70.

⁶⁰ LAURIE (F.), *La faute disciplinaire dans la fonction publique*, PUAM, 2002, t. 1, n°88 et suivants.

fondamentale du 23 mai 1949 dispose que le droit de la fonction publique est réglementé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat, parmi lesquels la conception de la situation des fonctionnaires comme « un rapport de service et de loyalisme » (*Dienst und Treueverhältnis*). Aucune disposition analogue n'existe en France. Mais la Constitution peut néanmoins constituer une norme de référence du contrôle de la matérialité d'une faute disciplinaire.

C'est le cas, par exemple, de la violation du principe de neutralité dans le service par un fonctionnaire. Dans un avis de 1972, *Laïcité du corps enseignant*, le Conseil d'État a affirmé que les dispositions constitutionnelles qui ont établi la laïcité de l'État et de l'enseignement imposent la neutralité de l'ensemble des services publics et en particulier la neutralité du service de l'enseignement⁶¹. Ce principe comporte donc une exception concernant les professeurs de l'enseignement supérieur⁶². Pour le Conseil constitutionnel, le principe de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur se rattache partiellement à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, relatif à la liberté de communication des pensées. Cette indépendance est un principe fondamental reconnu par les lois de la République⁶³. La mise en œuvre de ce principe relève exclusivement de la compétence du législateur⁶⁴. Toutefois, l'indépendance des professeurs d'université ne concerne que ces seuls enseignants au sein de la communauté universitaire⁶⁵. Les autres enseignants-chercheurs ne bénéficient que de la protection générale de la liberté de conscience par l'article 11 de la Déclaration de 1789. Celle-ci leur garantit une indépendance d'esprit, qui n'est pas justifiée par un principe fondamental reconnu par les lois de la République (au contraire des professeurs d'université)⁶⁶. Tous les autres fonctionnaires bénéficient aussi comme citoyens de la liberté de conscience reconnue par le Conseil constitutionnel comme un principe fondamental de la République⁶⁷.

C'est le cas aussi du contrôle de la grève suivie par les fonctionnaires. Le statut des fonctionnaires de 1946 n'a pas autorisé la grève des fonctionnaires mais la nouvelle Constitution (adoptée une semaine plus tard) proclamait à l'alinéa 7 de son préambule que « le droit de grève s'exerçait dans le cadre des lois qui le réglementent ». Cette rédaction n'écarte pas le bénéfice de ce droit aux fonctionnaires et agents publics. Dès lors, il a fallu nécessairement concilier les intérêts professionnels que la grève a pour objet de défendre et la sauvegarde de l'intérêt général par le respect de la continuité du service. Après des mouvements de grève dans les préfectures, le Conseil d'État a statué, dans l'affaire *Dehaene* jugée en 1950, sur la légalité des blâmes infligés à plusieurs

⁶¹ CE, Ass. générale, avis n°309354 du 21 septembre 1972, *Laïcité du corps enseignant*, voir GAUDEMET (Y.) et *alii*, *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, n°7, p. 105, comm. COSTA (J.-P.) ; CE, avis, 3 mai 2000, Mlle Marteaux, *RFDA*, 2001, p. 146, concl. SCHWARTZ (R.) ; *Dr. adm.*, 2000, n°189, note R. S. ; *AJDA*, 2000, p. 602, chron. GUYOMAR (M.) et COLLIN (P.).

⁶² À leur égard, « la règle de neutralité doit être interprétée d'une façon extrêmement large et se réduit, en dernière analyse, à une obligation d'objectivité et de mesure dans l'expression des idées », Rép. min. à la Q.É. n°5786 du 5 décembre 1952, *J.O. déb. parl. A.N. (Q.)* du 4 mars 1953, p. 1575.

⁶³ Décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, *RJC*, I-171 ; *AJDA*, 1983, p. 163, note BOULOUIS (J.) ; *RDP*, 1984, p. 702, chron. FAVOREU (L.) ; *D.*, 1984, jurispr., p. 593, note LUCHAIRE (F.) ; *Rev. adm.*, 1984, p. 261, note de VILLIERS (M.).

⁶⁴ CE, 5 avril 1974, Leroy, *Rec.*, p. 214, concl. THÉRY (J.) ; *AJDA*, 1974, p. 441, avec concl.

⁶⁵ CE, 29 mai 1992, Association amicale des professeurs titulaires du muséum national d'histoire naturelle, *Rec.*, p. 217 ; CE, 29 juillet 1994, M. Le Calvez et autres, req. n°66966 ; CE, 9 novembre 1994, Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale, *Rec.*, p. 216 ; CE, 13 mars 1996, M. Gohin, *AJDA*, 1996, p. 699, note MEKHANTAR (J.) ; CE, 22 mars 2000, Ménard, req. n°195638 et 195639.

⁶⁶ Décision n°83-165 DC du 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, *op. cit.*

⁶⁷ Décision n°77-87 DC du 23 novembre 1977, *Liberté d'enseignement et de conscience*, *RJC* I-52 ; *RDP*, 1978, p. 830, chron. FAVOREU (L.) ; *AJDA*, 1978, p. 565, note RIVERO (J.) ; *Pouvoirs*, n°5, 1978, p. 185, chron. AVRIL (P.) Avril et GICQUEL (J.) ; *RDP*, 1979, p. 65 et p. 85, note PLOUVIN (J.-Y.) ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n°25, p. 353.

chefs de bureau de préfecture pour faute disciplinaire résultant de l'exercice du droit de grève ⁶⁸. Cette légalité était contestée par les fonctionnaires sanctionnés au motif que cet exercice, reconnu par le Préambule de la Constitution, ne pouvait constituer une faute disciplinaire. Le Conseil d'État a considéré qu'en l'absence de loi « la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour but d'exclure les limitations qui doivent être apportées à ce droit comme à tout autre en vue d'en éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ; qu'en l'état actuel de la législation, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer lui-même, sous le contrôle du juge, en ce qui concerne ces services, la nature et l'étendue desdites limitations ». La situation n'a guère changé depuis l'arrêt *Dehaene* ⁶⁹. En effet, l'article 10 du statut général des fonctionnaires civils est rédigé dans des termes identiques à l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Il y a donc deux situations en l'absence de loi générale. Soit, une loi spéciale est intervenue pour prévoir les conditions de la grève (et, le plus souvent, de l'absence de grève) de certains corps de fonctionnaires. Soit, c'est l'autorité administrative qui autorise ou non la grève.

B – Le principe de légalité des sanctions disciplinaires

L'effet du principe de légalité posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 est encore plus important s'agissant des sanctions disciplinaires qu'en ce qui concerne les fautes disciplinaires. Cela résulte de l'élargissement de la notion de peine entendue dans cette disposition. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a permis la substitution de la notion de « mesures à caractère répressif » à celle de « peines » de l'article 9 de la Déclaration de 1789 ⁷⁰. Il en résulte que la création d'une sanction disciplinaire par le législateur n'est pas contraire à la Constitution ⁷¹. De même, la substitution par le législateur d'une sanction créée par la loi à une autre n'est pas inconstitutionnelle ⁷². L'examen de la jurisprudence constitutionnelle relative à la sanction disciplinaire concerne le champ de la notion de sanction, son régime et les modalités de son contrôle.

En ce qui concerne la détermination de la notion de sanction disciplinaire, une mesure n'est pas disciplinaire si un texte qui écarte cette qualification est applicable. La sanction disciplinaire est avant tout une mesure répressive ⁷³. Ainsi, en droit de la fonction publique et en droit du travail, le licenciement pour insuffisance professionnelle écarte la qualification disciplinaire ⁷⁴. En l'absence de texte, cette qualification est déterminée par des critères matériels. Ainsi, le Conseil constitutionnel exige que la sanction a un rapport avec la faute disciplinaire dans l'examen de la constitutionnalité d'une sanction créée par le législateur. Ce contrôle est particulièrement avancé. Le Conseil constitutionnel ne se contente pas de vérifier si la mesure dont il contrôle la

⁶⁸ CE, Ass., 7 juillet 1950, *Dehaene*, *Rec.*, p. 426 ; *JCP*, 1950, II, 5681, concl. (GAZIER (F)) ; *RDP*, 1950, p. 691, avec concl. et note WALINE (M.) ; *Rev. adm.*, 1950, p. 366, avec concl. et note LIET-VEAUX (G.) ; *D.*, 1950, jurispr., p. 538, note GERVAIX ; *S.*, 1950, III, p. 109, note J. D. V. ; *G.A.J.A.*, n°72, p. 436.

⁶⁹ Même si le principe de continuité des services publics a désormais une valeur constitutionnelle : décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Droit de grève à la radio et à la télévision, *RJC* I-71 ; *RDP*, 1979, p. 1705, chron. FAVOREU (L.) ; *Pouvoirs*, n°11, 1979, p. 196, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *AJDA*, 1980, p. 191, note LEGRAND (A.) ; *D.*, 1980, jurispr., p. 101, note PAILLET (M.) ; *Dr. soc.*, 1980, p. 441, note TURPIN (D.) ; *JCP*, 1980, II, 19547, note BÉGUIN (J.-C.) ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, *op. cit.*, n°27, p. 366.

⁷⁰ Décision n°89-268 DC du 29 décembre 1989, *op. cit.*

⁷¹ Décision n°2001-445 DC, 19 juin 2001, Loi organique relative au statut des magistrats et au Conseil supérieur de la magistrature.

⁷² Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *op. cit.*

⁷³ LAURIE (F.), « Les sanctions disciplinaires dans la fonction publique », *Cahiers de la fonction publique*, 2003, n°221, p. 7.

⁷⁴ CE, 19 février 1954, *Couture*, *Rec.*, p. 116 ; Cass. Soc., 7 novembre 1995, Fédération nationale Léo Lagrange c. M. Carroue, *Bull. civ. V*, n°416, p. 209.

constitutionnalité réprime la seule inexécution des obligations de service qui s'attachent à la fonction de l'intéressé. Le Conseil considère que la notion de sanction caractérise une mesure prise après que la constatation de cette inexécution implique une appréciation du comportement personnel de l'agent, telle qu'elle serait opérée dans le cadre d'une procédure disciplinaire⁷⁵.

En outre, le Conseil a été conduit à affirmer la distinction entre une mesure de police et sanction disciplinaire, à la suite de la juridiction administrative et de la doctrine⁷⁶. Cela confirme le lien entre la faute et la sanction, puisqu'une mesure de police ne peut être justifié par un motif tiré d'une faute. Ainsi, la mesure d'un président de juridiction écartant un avocat, dont l'attitude compromettrait la sérénité des débats, avait le caractère d'une simple mesure de police de l'audience et ne revêtait pas celui d'une sanction disciplinaire, sans même que pour autant l'avocat ait nécessairement manqué aux obligations que lui impose son serment et tombe sous le coup des poursuites disciplinaires. Toutefois, en l'espèce, cette de mesure est inconstitutionnelle car elle est contraire, tant dans la personne de l'avocat que dans celle du justiciable, aux droits de la défense qui résultent des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁷⁷.

En ce qui concerne le régime des sanctions disciplinaires, l'apport de la constitutionnalisation concerne le principe de non-rétroactivité des sanctions et celui de non-cumul des sanctions.

En premier lieu, l'appréciation de la faute sanctionnée ne valant que pour le futur, la sanction ne peut avoir d'effet rétroactif⁷⁸. Ceci est tiré de l'application en droit disciplinaire de la fonction publique du principe général de la non-rétroactivité des actes administratifs dégagé par le Conseil d'État⁷⁹ et le Conseil constitutionnel⁸⁰. Selon le juge constitutionnel, le principe de non-rétroactivité découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789. Ce principe, tel qu'il ressort de cette disposition, « ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »⁸¹. Selon ce principe, les autorités administratives ne peuvent fixer l'entrée en vigueur d'une décision administrative à une date antérieure à, selon le cas, sa publication, son affichage, sa signature ou sa notification. Cette règle s'étend aux sanctions disciplinaires « déguisées »⁸². Mais, dans la fonction publique, elle ne s'étend pas à la radiation des cadres pour perte des droits civiques, qui prend effet de plein droit à la date de la décision du juge répressif entraînant cette perte. L'administration se borne à tirer les conséquences de cette condamnation⁸³. En matière disciplinaire, il n'y a pas d'exception au principe de non-rétroactivité de sorte que, en dehors des sanctions disciplinaires

⁷⁵ Décision n°77-83 DC du 20 juillet 1977, Loi modifiant l'article 4 de la loi de finances rectificative pour 1961 (obligation de service des fonctionnaires) ; décision n°87-230 DC du 28 juillet 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social.

⁷⁶ CE, 22 mars 1929, Gros, *S.*, 1929, III, p. 129, note MESTRE (A.) ; PICARD (É.), *La notion de police administrative*, L.G.D.J., Paris, 1984, t. 2, n°264, p. 489.

⁷⁷ Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, Sécurité et liberté, *op. cit.*

⁷⁸ CE, 28 novembre 1924, Jouzier, *Rec.*, p. 955 ; CE, 20 juillet 1951, Ducommun, *Rec.*, p. 422 ; CE, Sect., 27 mai 1977, Loscos, *Rec.*, p. 249 ; CE, 8 juin 1990, Rondeau, req. n°76541.

⁷⁹ CE, Ass., 25 juin 1948, Société du journal « L'Aurore », *Rec.*, p. 289 ; *S.*, 1948, III, p. 69, concl. LETOURNEUR (M.) ; *Gaz. pal.*, 1948, II, p. 437, avec concl. ; *D.*, 1948, III, p. 437, note WALINE (M.) ; *JCP*, 1948, II, 4427, note MESTRE (A.) ; *Rev. adm.*, 1948, p. 30, note LIET-VEAUX (G.) ; *G.A.J.A.*, n°67, p. 408.

⁸⁰ Décision n°69-57 L du 24 octobre 1969, *RJC* II-38 ; Décision n°79-109 DC du 9 janvier 1980, *RJC* I-74 ; *RDP*, 1980, p. 1631, chron. FAVOREU (L.) ; *Pouvoirs*, n°13, 1980, p. 203, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *D.*, 1980, jurispr., p. 289, note AUBY (J.-B.), p. 420, note HAMON (L.) ; *AJDA*, 1980, p. 356, note FRANCK (C.) ; *Rev. adm.*, 1980, p. 363, note VINCENT (J.-Y.). Ce principe général a une valeur constitutionnelle en matière pénale : décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, *RJC* I-324 ; *RDP*, 1989, p. 452, note FAVOREU (L.) ; *RFDA*, 1988, p. 350, comm. GENEVOIS (B.) ; *Rev. adm.*, 1988, p. 136, note LAMBERT (T.).

⁸¹ Décision n°82-155 DC du 30 décembre 1982, *op. cit.*

⁸² CE, 28 juin 1995, Durand, requête n°111553.

⁸³ CE, 28 mai 1982, Roger, *Rec.*, p. 192.

édictees par un organisme administratif, le principe de non-rétroactivité s'applique aussi.

En second lieu, le principe du non-cumul des sanctions procède aussi du principe de la légalité des peines et des sanctions⁸⁴. Une peine ne peut être infligée que si elle a été expressément prévue par la loi. Or, cumuler l'application de deux peines prévues par la loi aurait pour résultat de créer une nouvelle peine qui n'aurait pas été prévue par le législateur. Le principe de la légalité des peines a une valeur constitutionnelle depuis l'intégration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité. Le principe du non-cumul des sanctions, qui en procède, devrait avoir la même valeur. En réalité, les juridictions ont considéré que le principe de non-cumul des sanctions n'avait qu'une valeur législative. Dans un arrêt de 1958, *Commune du Petit-Quevilly*, le Conseil d'État a affirmé l'existence du principe général du droit du non-cumul des sanctions disciplinaires, auquel il ne peut être dérogé que par une disposition législative expresse⁸⁵. Cette valeur a été confirmée par le Conseil constitutionnel, dans la décision n°82-143 DC, *Blocage des prix*⁸⁶. En 1996, le juge constitutionnel a reconnu une valeur constitutionnelle au principe du non-cumul des sanctions administratives de nature pécuniaire et des sanctions pénales⁸⁷. En droit positif, cette valeur n'est pas étendue au principe du non-cumul des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales. Pour le Conseil constitutionnel, le principe du non-cumul des sanctions procède du principe de la légalité des peines et aussi du principe de proportionnalité⁸⁸. Le principe de proportionnalité doit s'appliquer au regard de l'effet cumulé des peines pour une même infraction. Le cumul des sanctions est neutralisé par la limitation du montant global des sanctions au montant le plus élevé de l'une d'entre elles. La valeur constitutionnelle du principe du non-cumul des sanctions disciplinaires n'est pas reconnue pour deux raisons. D'une part, le droit disciplinaire ne connaît pas de sanctions pécuniaires pour lesquelles une telle neutralisation est possible. D'autre part, le principe de proportionnalité n'est pas consacré en droit disciplinaire. Lorsqu'il est implicitement utilisé, ce principe n'est qu'un instrument du contrôle de l'appréciation de la portée de la faute disciplinaire et non de sa forme. La jurisprudence du Conseil constitutionnel de 1996 « vaut lorsque la sanction administrative prend la forme d'une interdiction professionnelle » car « celle-ci peut aussi être prononcée par la juridiction pénale »⁸⁹. Cette seule justification ne paraît pas de nature à étendre si loin la valeur constitutionnelle du principe du non-cumul des sanctions. Néanmoins, cette position mérite toutefois de poser la question de la valeur constitutionnelle du principe du non-cumul des sanctions administratives, qui mériterait d'être reconnue. En effet, ressortant du principe de la légalité des peines qui a valeur constitutionnelle, le principe du non-cumul devrait avoir une valeur positive similaire. Or, il existe des exceptions au principe du non-cumul des sanctions instituées par le législateur. Les exceptions au principe du non-cumul retenues par le législateur permettent la répression de la même faute sur le fondement de causes juridiques différentes. L'exception du non-cumul des sanctions est reconnue si deux textes différents fondent les sanctions cumulées. Il y a donc une autonomie de chaque action répressive. À ce titre, dans la fonction publique, par exemple, deux hypothèses générales peuvent être distinguées.

⁸⁴ MOURGEON (J.), *La répression administrative*, op. cit., n°204, p. 299.

⁸⁵ CE, 23 avril 1958, *Commune du Petit-Quevilly*, *AJDA*, 1958, p. 383, n°346, avec obs. Ce principe avait été précédemment affirmé par le Conseil d'État à l'égard des sanctions administratives : CE, 5 mars 1954, *Banque alsacienne privée et Sieur Dupont*, *Rec.*, p. 144 ; *RDJ*, 1954, p. 804, note WALINE (M.) ; *S.*, 1954, III, p. 63, annoté.

⁸⁶ Décision n°82-143 DC du 30 juillet 1982, *Blocage des prix et des revenus*, *RJC* I-130 ; *RDJ*, 1983, p. 333, chron. FAVOREU (L.) ; *Rev. adm.*, 1983, p. 247 et p. 360, note de VILLERS (M.) ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, op. cit., n°33, p. 531.

⁸⁷ Décision n°96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi portant réglementation des télécommunications* ; *RJC* I-675 ; *RFDA*, 1996, p. 909, note CHEVALLIER (J.) ; *RFDA*, 1997, pp. 15-16 et p. 30, comm. MODERNE (F.) ; *RFDC*, n°28, 1996, p. 823, note TRÉMEAU (J.).

⁸⁸ Décision n°89-260 DC du 28 juillet 1989, *Commission des opérations de bourse*, op. cit.

⁸⁹ SCIORTINO-BAYARD (S.), *Recherches sur le droit constitutionnel de la sanction pénale*, thèse, Aix-Marseille III, 2000, n°313, p. 178.

Première hypothèse : il peut y avoir cumul des sanctions prononcées par l'autorité disciplinaire et le juge pénal, car l'autorité disciplinaire est tenue par l'appréciation de la matérialité des faits du juge pénal⁹⁰. Le juge pénal, précisément la chambre de l'instruction, dispose aussi d'une compétence spéciale pour sanctionner un officier ou un agent de police judiciaire, sans préjudice des sanctions disciplinaires qui pourraient lui être infligées par ses supérieurs hiérarchiques⁹¹.

Seconde hypothèse : il peut y avoir cumul des sanctions prononcées par des autorités disciplinaires distinctes. L'exercice de l'action disciplinaire par les conseils départementaux des ordres professionnels ne fait pas obstacle à l'action disciplinaire devant l'administration dont dépend le médecin, le chirurgien-dentiste ou la sage-femme fonctionnaire⁹².

Enfin, en troisième lieu, en ce qui concerne le contrôle des sanctions disciplinaires, sur le fondement du principe de nécessité des peines résultant de la rédaction de l'article 8 de la Déclaration de 1789, le Conseil constitutionnel a étendu le principe de proportionnalité aux sanctions administratives, en 1982, puis aux sanctions fiscales, en 1987⁹³. Dans ces décisions, le Conseil constitutionnel a considéré que le principe énoncé par l'article 8 « ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité non judiciaire ». Le Conseil constitutionnel contrôle le « caractère manifestement disproportionné » d'une sanction administrative ou fiscale.

Puis, dans la décision *CSA* de 1989, le Conseil constitutionnel a opéré un glissement du contrôle de la disproportion manifeste au contrôle de proportionnalité des sanctions administratives prononcées par un organisme non juridictionnel. Ce glissement est justifié par l'institution par le législateur d'un contrôle de plein contentieux des sanctions disciplinaires infligées par le C.S.A. Ainsi, le législateur a entendu proportionner la répression exercée par le C.S.A. à la gravité du manquement reproché au titulaire d'une autorisation d'émission. Plus explicitement, le juge constitutionnel précise que « le montant de la sanction pécuniaire [prononcée par le C.S.A.] doit être fonction de la gravité des manquements commis ». En d'autres termes, l'appréciation de la gravité de fautes commises par le titulaire d'une autorisation est soumise au contrôle de proportionnalité. Cette exigence est déterminée par la loi. L'affirmation d'un contrôle de proportionnalité par le Conseil constitutionnel peut être transposée au contrôle du Conseil d'État en matière disciplinaire⁹⁴, malgré l'absence de disposition légale expresse. L'existence légale d'un contrôle de plein contentieux en matière de sanctions administratives infligées par le C.S.A. n'est pas un obstacle à cette transposition. En effet, les sanctions infligées par cette autorité, généralement un retrait d'autorisation, n'appellent qu'un contrôle de la légalité. Le juge ne substitue pas une autre mesure au retrait. Le juge de plein contentieux utilise ses pouvoirs d'annulation et non de réformation⁹⁵. Le contrôle est donc *comparable* à celui exercé en matière disciplinaire. Du reste, dès 1984, M. J.-P. Costa considérait que la jurisprudence *Lebon* avait eu pour effet de transposer, en matière disciplinaire, le principe de proportionnalité des sanctions aux fautes posé, en matière pénale⁹⁶, par

⁹⁰ CE, 11 mai 1956, Chomat, *Rec.*, p. 200.

⁹¹ Les sanctions prévues par l'article 227 du code de procédure pénale sont la suspension et le retrait de l'habilitation.

⁹² Article L. 4126-5 du code de la santé publique.

⁹³ Décision n°82-155 DC du 30 décembre 1982, *RJC* I-149 ; *RDP*, 1983, comm. FAVOREU (L) ; *Pouvoirs*, n°25, 1983, p. 199, chron. AVRIL (P.) et GICQUEL (J.) ; *Rev. adm.*, 1983, p. 142, comm. de VILLIERS (M.) ; décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, *op. cit.*

⁹⁴ Selon M. M. Degoffe, « le Conseil d'État ne reste pas indifférent à la jurisprudence constitutionnelle qui tend à faire de la proportionnalité une garantie constitutionnelle », *Droit de la sanction non pénale*, *Économica*, 2000, n°677, p. 353.

⁹⁵ Il ne saurait être question pour le juge administratif de substituer à la sanction réformée une sanction plus sévère.

⁹⁶ Décision n°80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, *op. cit.*

l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁹⁷. Cette opinion est sans aucun doute justifiée car, au fond, les contrôles exercés par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'État sont analogues. Ces juridictions exercent chacune un contrôle de l'erreur manifeste⁹⁸. L'opinion, particulièrement autorisée, de M. B. Genevois⁹⁹ confirme l'analogie entre le contrôle de la proportionnalité des amendes fiscales et celui des sanctions disciplinaires infligées aux fonctionnaires. « Le Conseil [constitutionnel] estime, qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur... Dans un domaine différent, *mais comparable*, qui est celui de l'adéquation d'une sanction disciplinaire à la faute commise par un agent public, le juge administratif français n'exerce *lui aussi* qu'un contrôle restreint »¹⁰⁰. Ce contrôle demeure un contrôle minimum.

L'émergence d'un droit commun répressif entre droit disciplinaire et droit pénal se fait sur le fondement du principe de légalité. C'est sans aucun doute le plus petit dénominateur commun entre ces deux branches du droit. Mais c'est celui dont le respect par l'autorité sanctionnatrice permet d'éviter que la répression engagée soit arbitraire, ce qui est fondamental dans l'exercice d'une fonction afflictive interne.

* * *

⁹⁷ COSTA (J.-P.), « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 435 ; opinion confirmée par M. DEGOTTE, *La juridiction administrative spécialisée*, LGDJ, 1995, p. 520.

⁹⁸ Selon M. P. DELVOLVÉ, « si l'expression "erreur manifeste" n'est pas toujours exactement utilisée dans les décisions [du Conseil constitutionnel], la notion y est présente, puisque c'est "l'ampleur" de la mesure en cause (...), son "caractère manifestement disproportionné" (...) qui a conduit à sa censure », « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? » in *Conseil constitutionnel et Conseil d'État*, L.G.D.J., Montchrestien, Paris, 1989, pp. 286-287.

⁹⁹ Opinion particulièrement autorisée car M. B. Genevois avait été commissaire du Gouvernement dans l'affaire *Lebon* (CE, Sect., 9 juin 1978, *Rec.*, p. 245 ; *AJDA*, 1978, p. 573, concl. GENEVOIS (B.) et note S. S. ; *D.*, 1978, IR, p. 361, obs. DELVOLVÉ (P.) ; *D.*, 1979, jurispr., p. 30, note PACTEAU (B.) ; *RDP*, 1979, p. 227, note AUBY (J.-M.) ; *Rev. adm.*, 1978, p. 634, note MODERNE (F.) ; *JCP*, 1979, II, 19159, note RIALS (S.).

¹⁰⁰ GENEVOIS (B.), comm. sous décision n°87-237 DC du 30 décembre 1987, Loi de finances pour 1988, *op. cit.*, p. 354. L'italique est mis par nous.