

APPENDICE II

La théorie de l'illégalité légitime et l'application du contrôle contentieux de la moralité administrative (1)

I. Les pouvoirs de guerre. — II. L'illégalité légitime. — III. Jurisprudence judiciaire.

Dans le présent Appendice, nous attirons brièvement l'attention sur une théorie qu'on a appelée la théorie de l'*illégalité légitime* (cf. G. Renard, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 360), et qui, bien qu'intéressant plutôt la question du contrôle de la *légalité* proprement dite, est, cependant, de nature à nous fixer, à certains égards, sur l'étendue des possibilités d'application du contrôle juridictionnel de la *moralité administrative*.

Il s'agit, plus spécialement, de la conception jurisprudentielle des *pouvoirs de guerre* avec l'extension qu'elle a reçue pour le règlement de certains problèmes nés de circonstances exceptionnelles susceptibles de se produire en temps de paix.

Si l'idée même de l'*illégalité légitime* n'est pas absolument nouvelle (2), elle ne s'est cependant affirmée dans toute sa force que pendant et depuis la guerre, notamment en ce qu'elle a été appliquée non pas seulement aux mesures individuelles et particulières, où elle pouvait encore

(1) Bibliographie : G. JÉZE, *Théorie des pouvoirs de guerre*, *Rev. dr. p.*, 1924, p. 594 et s.; A. BOSCH, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 233 et s.; G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, p. 305 et s. et p. 341 et s.; L. DUGUIT, *op. cit.*, t. III, p. 681 et s.

(2) Cf. les arrêts *Winkell* et *Tichit* cités p. 67, n. (1).

être justifiée par une conception large du *pouvoir discrétionnaire*, mais encore — ce qui est plus grave — au pouvoir réglementaire exercé à l'encontre de la loi et des libertés individuelles.

I. — A l'époque de la grande lutte qui exigeait la concentration de toutes les énergies pour mener à bien l'entreprise de défense du pays, le Conseil d'Etat dut nécessairement s'apercevoir qu'en présence des intérêts vitaux en cause, l'application stricte de la loi ne pouvait se justifier en toutes circonstances. C'est pourquoi il a élaboré ce qu'on a appelé la *théorie des pouvoirs de guerre*, en vertu de laquelle il a reconnu au gouvernement le droit de prendre des mesures exorbitantes et contraires au droit établi lorsqu'il se trouvait dans l'impossibilité absolue d'assurer la vie de la nation par les voies légales.

Pour aboutir à ce résultat, sans trop heurter les conceptions traditionnelles, le Conseil d'Etat fonda sa jurisprudence sur une interprétation tendancieuse des lois constitutionnelles.

Si l'on doit admettre que l'emploi de cet argument de texte n'était pas très juridique, on ne peut s'empêcher d'approuver pleinement les motifs qui ont porté le Conseil d'Etat à faire abstraction de tout scrupule inopportun pour reconnaître, en dernière analyse, que la logique stricte des principes devait céder le pas à des considérations de fait qui, dans des cas exceptionnels, s'imposent sans discussion possible.

C'est ainsi, notamment, que, dans un arrêt du 28 juin 1918 *Heyriès*, après avoir posé en principe « que, par l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le « Président de la République est placé à la tête de l'administration française et chargé d'assurer l'exécution des « lois, qu'il lui incombe, dès lors, de veiller à ce qu'à toute « époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche »,

le Conseil d'Etat déclara qu'il appartenait au Président de la République « d'apprécier que la communication, prescrite par l'article 65 de la loi du 22 avril 1905, à tout fonctionnaire de son dossier, préalablement à toute sanction disciplinaire, était, pendant la durée des hostilités, de nature à empêcher, dans un grand nombre de cas, l'action disciplinaire de s'exercer, et à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale, qu'en raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient, en fait, à cette époque, les pouvoirs publics, il avait la mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité ». Et le Conseil d'Etat d'estimer qu'en prescrivant « que l'application de l'article 65 serait suspendue provisoirement pendant la durée de la guerre, avec faculté pour les intéressés de se pourvoir, après la cessation des hostilités, en revision des décisions qui auraient été ainsi prises à leur égard, le Président de la République n'a fait qu'user légalement des pouvoirs qu'il tient de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 ».

Si, quoi qu'en dise le Conseil d'Etat, on ne peut guère admettre qu'en l'espèce l'usage fait par le gouvernement de ses pouvoirs était à proprement parler légal, la loi constitutionnelle étant en réalité hors de cause, il faut reconnaître qu'indépendamment de tout argument de texte, la mesure prise par le gouvernement était parfaitement régulière en droit parce que dictée en vue de l'obtention d'un but parfaitement légitime et trouvant sa justification en lui-même (1).

(1) Cf. encore les arrêts: Cons. d'Etat 14 mai 1920 *Syndicat patronal de la boulangerie de Paris* (la formule de cet arrêt est déjà plus étudiée et moins tortueuse; le Conseil déclare que « aux termes de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République surveille et assure l'exécution des lois, qu'il lui incombe, dès lors, d'édicter à toute époque les prescriptions indispensables que comporte cette exécution, selon les nécessités résultant des circonstances et conformément au but que s'est proposé le législateur »); 4 mars 1921 *Chauvelon*. V. aussi les concl. RIVER dans l'affaire *Couitéas* citée au texte.

II. — Cette remarque nous ramène aux développements de la première partie de notre étude par lesquels nous tentions de démontrer qu'en matière administrative, l'important n'est pas tant, pour apprécier la valeur d'une mesure prise, de rechercher si elle est, en tous points, régulière eu égard aux prescriptions légales, que de savoir si, étant donnés les principes fondamentaux qui régissent le fonctionnement des services publics et les nécessités de la sauvegarde des intérêts généraux du public, elle a été déterminée par un *but régulier de service*, les considérations tirées du *principe de légalité*, dont nous nous défendons d'ailleurs de contester la valeur certaine et la vertu stabilisatrice du droit, devant, dans certains cas, exceptionnels il est vrai, céder le pas aux exigences supérieures d'une bonne administration.

Ces idées se retrouvent, en dernière analyse, à la base de l'arrêt *Couitéas*, que nous avons déjà eu l'occasion de citer à plusieurs reprises (1).

Rappelons que, dans cette affaire, le juge avait à se prononcer sur la régularité du refus, opposé par le gouvernement, d'exécuter une décision de justice passée en force de chose jugée dans un pays de protectorat. Si ce refus était intervenu dans des circonstances *normales*, le Conseil d'Etat n'aurait certainement pas manqué de le qualifier d'*illégal*, l'administration n'étant pas libre de ne pas faire exécuter un jugement régulièrement rendu lorsqu'elle en est requise.

Dans sa note publiée sous cet arrêt au Recueil Sirey (2), M. Hauriou remarque très justement qu'avant la guerre, le Conseil d'Etat n'aurait peut-être pas résolu la question de la façon dont il l'a résolue en 1923. « Si, dit-il, le litige avait « été tranché en février 1914, avant la guerre, il est probable que la décision du Conseil d'Etat eût été autre ; « sans doute, l'indemnité eût été accordée, mais parce « qu'une faute eût été reconnue à la charge de l'adminis-

(1) V. ci-dessus p. 402 et s.

(2) S. 23.3.57.

« tration du fait d'avoir refusé pendant plusieurs années
« de suite de prêter main-forte à l'exécution d'un jugement.
« Le fait est que, si des considérations d'opportunité peu-
« vent justifier l'administration, lorsqu'elle diffère d'ac-
« complir une obligation de ce genre pendant un court
« espace de temps, cette excuse disparaît, lorsque tout loisir
« lui a été laissé de choisir son moment et de réunir les
« moyens d'action nécessaires ; on peut même faire obser-
« ver que, si le gouvernement français ne croyait pas pou-
« voir assurer l'exécution des jugements des tribunaux
« français en Tunisie, il n'avait qu'à ne pas y organiser
« des tribunaux français. Nous croyons que, même en 1923,
« on eût parfaitement compris et admis la théorie d'une
« faute de l'Etat dans ces conditions ».

Voilà, certes, l'aspect *légal* du problème.

Mais les questions soulevées par la guerre ont fourni au Conseil d'Etat l'occasion de réfléchir sur les exigences d'une bonne administration qui impliquent, pour l'autorité administrative, responsable du maintien de l'ordre public, une large indépendance à l'égard de la loi. Les circonstances de l'affaire *Couitéas* présentaient un caractère tellement exceptionnel que le juge s'est vu amené à disculper l'administration de tout reproche et à reconnaître la régularité de l'attitude que le gouvernement avait observée, le *but poursuivi par ce dernier ayant d'ailleurs été absolument conforme aux règles de la moralité administrative*.

« Si le gouvernement, dit M. Rivet, s'est refusé à mettre
« en mouvement la force publique pour assurer l'exécution
« du jugement rendu au profit du sieur Couitéas, c'est,
« dit-il, parce qu'une résistance très sérieuse était à crain-
« dre qui eût pu exiger une expédition véritable et avoir
« des répercussions dangereuses sur la situation de notre
« protectorat. C'est bien là le moyen de défense tiré des
« *nécessités vitales* du pays ». Dans ces conditions, M. Rivet
propose aux juges de déclarer légale la décision interve-
nue. Il estime que la tâche du Conseil d'Etat se résume à
exercer son contrôle de juge de l'excès de pouvoir vis-à-vis

des motifs donnés par le gouvernement, c'est-à-dire à vérifier, en dehors de toute appréciation de l'*opportunité* de la décision intervenue, « la *réalité des motifs* invoqués par les « auteurs de la décision dont se plaint le requérant ».

En d'autres termes, et en faisant abstraction de la tendance à présenter ces solutions sous l'angle d'un contrôle de la *constitutionnalité* des décisions administratives, M. Rivet invite le Conseil d'Etat à faire porter son examen non pas sur la légalité de la décision gouvernementale, question qui, dans les circonstances de l'affaire, ne présentait qu'une importance absolument secondaire, mais bien sur la moralité du refus opposé par l'administration au requérant. Et le Conseil d'Etat, se rangeant à l'avis de son commissaire du gouvernement rend bien un jugement de *moralité* : « Considérant, dit-il, qu'il résulte de l'instruction que, « par jugements en date du 13 février 1908, le tribunal civil « de Sousse a ordonné « le maintien en possession au sieur « Couitéas des parcelles de terrains du domaine de Tabia-el- « Houbira dont la possession lui avait été reconnue par « l'Etat » et lui a conféré « le droit d'en faire expulser tous « occupants », que le requérant a demandé, à plusieurs « reprises, aux autorités compétentes, l'exécution de ces « décisions ; mais que le gouvernement français s'est toujours refusé à autoriser le concours de la force militaire « d'occupation reconnu indispensable pour réaliser cette « opération de justice, en raison des troubles graves « que susciterait l'expulsion de nombreux indigènes de « territoires dont ils s'estimaient légitimes occupants depuis « un temps immémorial ; — considérant qu'en prenant, « pour les motifs et dans les circonstances ci-dessus rappelés, « la décision dont se plaint le sieur Couitéas, ledit gouvernement n'a fait qu'user des pouvoirs qui lui sont conférés « en vue du maintien de l'ordre et de la sécurité publique « dans un pays de protectorat, etc. »

La doctrine qui se dégage de cet arrêt est que l'administration peut s'affranchir de l'observation stricte d'un *principe formel* du droit lorsqu'elle estime que, dans le cas par-

ticulier appelant son intervention, la poursuite du bien public, qui reste sa loi suprême, lui impose pareille attitude. Dans les cas de ce genre, le contrôle du juge n'intervient plus pour l'appréciation de la *légalité*, mais uniquement pour l'appréciation de la *moralité* de la mesure attaquée (1). Cela prouve bien que le contrôle juridictionnel de l'administration est avant tout un contrôle de la *moralité administrative*, le contrôle de la *légalité* lui-même pouvant, en dernière analyse, être considéré comme élément de ce contrôle (2).

(1) Cf. G. RENARD, *op. cit.*, p. 357 et s. L'intérêt public allégué par l'administration ne peut évidemment servir de prétexte à la dissimulation de fins irrégulières (comp. Cons. d'Et. 25 février 1921 *Société le Centre Electrique*).

(2) Remarquons, dans cet ordre d'idées, que la jurisprudence du Conseil d'Etat semble vouloir établir, pour l'application des lois, une distinction entre les lois *organiques* et les lois *ordinaires*. Selon cette conception, la loi organique, dont le caractère ne saurait, d'ailleurs, être défini qu'en scrutant les nécessités auxquelles elle répond et les intérêts qu'elle tend à sauvegarder, prime toujours la loi ordinaire. C'est ainsi qu'ayant eu à choisir, lors de l'examen d'un cas d'espèce, entre l'application du décret-loi du 1^{er} mars 1852 sur la mise à la retraite des magistrats, qui fixe la limite d'âge des membres de la Cour de cassation à 75 ans, et celle de la loi de finances du 31 décembre 1920, qui maintient les vieux fonctionnaires en exercice jusqu'à la délivrance de leur brevet de pension, le Conseil d'Etat s'en est tenu au texte de 1852 en spécifiant que « les textes *organiques* actuellement en vigueur » concernant les magistrats établissent pour eux un âge fixe auquel ils « sont de plein droit mis à la retraite.... », et que « dès lors, les magistrats ne peuvent se prévaloir de l'article 28 de la loi du 31 décembre 1920 pour continuer à exercer leurs fonctions jusqu'à la délivrance de leur brevet de pension » (Cons. d'Et. 25 novembre 1921 *Philippon D.* 22.3.25 avec la note de M. L. TROTABAS qui exprime des doutes sur la correction juridique de la solution adoptée par le Conseil d'Etat).

Dans l'arrêt *Rodière* du 18 juin 1926, le Conseil d'Etat précise que la règle d'après laquelle les fonctionnaires civils qui désirent conserver leurs fonctions ne peuvent être mis à la retraite avant 60 ou 65 ans à condition qu'au moment où ils atteindront l'âge de 55 ou 60 ans ils soient pères d'au moins trois enfants vivants et soient en état de continuer à exercer leur emploi (L. du 30 juin 1923, art. 111) « ne doit pas faire obstacle aux *nécessités du service public*, et que, notamment, elle ne saurait « recevoir son application au cas où la mise à la retraite anticipée d'un « fonctionnaire père de trois enfants serait indispensable à l'exécution « d'une réforme administrative ». Dans cet arrêt, le juge s'exprime sur la façon dont doit être réglé le conflit apparent entre les nécessités du

Il ne faudrait, d'ailleurs, pas croire que la doctrine du Conseil d'Etat fasse bon marché des droits subjectifs des particuliers. Si le bien public doit recevoir satisfaction en

service et la règle légale; il donne évidemment la préférence aux règles de la bonne administration.

En réalité, point n'est besoin d'avoir recours, pour expliquer les solutions de ce genre à la théorie établissant une classification *idéaliste* des lois, puisque, à notre sens, les solutions commandées par les circonstances résultaient déjà de l'interprétation rationnelle de la *volonté* même du législateur, notamment dans le cas de l'affaire *Rodière*.

Cf. pour ces questions G. RENARD, *La Valeur de la Loi, Critique philosophique de la notion de loi. Pourquoi et comment il faut obéir à la loi*, Sirey, 1928, p. 174 et s. qui assigne à la théorie une étendue d'application qu'à notre sens elle ne comporte peut-être pas, puisque, nous le répétons, les solutions adéquates aux circonstances peuvent, dans des cas du genre de ceux que nous venons de signaler, déjà être déduites de la volonté implicite ou explicite du législateur.

C'est le moment de présenter quelques observations sur la conception de l'*interprétation idéaliste* des lois telle qu'elle se traduit dans le bel ouvrage de notre estimé maître que nous venons de citer.

Remarquons, tout d'abord, que M. RENARD a très bien montré que la loi et, en général, tout acte juridique ne pouvait avoir de valeur juridique que dans la mesure où les stipulations qui y sont contenues ne contredisent pas les principes supérieurs du droit. Nous sommes d'accord avec l'auteur pour reconnaître que le *principe de l'autonomie de la volonté*, en tant qu'il marquerait un postulat absolument indépendant de toute autre considération, est un principe périmé dont l'application rigoureuse ne saurait conduire, en dernière analyse, qu'au triomphe de la force sur le droit (comp. *op. cit.*, p. 17 et s., p. 81 et s.). Si la volonté des gouvernants doit être respectée comme telle, pour des raisons de bon ordre et dans l'intérêt de la tranquillité publique, si, allant plus loin, on doit soutenir que toute volonté qui se traduit dans un acte juridique mérite déjà, par elle-même, la protection du droit, dans un intérêt de sécurité et de stabilité des relations fondées sur la confiance réciproque (Cf. G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, p. 113 et s.), il ne saurait, en définitive, en être ainsi lorsque les principes supérieurs de justice exigent *impérieusement* de passer outre aux volontés exprimées. Le *juste* domine la *confiance* réciproque qui doit présider aux rapports sociaux.

Pour maintenir, autant que possible, le principe de légalité qui paraît ébranlé par de semblables considérations, M. RENARD estime que derrière la volonté formelle du législateur, il convient de chercher l'*idée* de la loi si cette volonté ne peut s'appliquer telle quelle sans heurter les principes de justice et les nécessités économiques ou sociales du moment; car dans toute loi il y a deux choses, comprises dans l'idée même de la loi: un *but* que le législateur s'est représenté lors de l'élaboration de la loi et les *voies et moyens* envisagés pour la réalisation

toutes circonstances, l'individu ne saurait évidemment être tenu de supporter, sans compensation, les charges que lui

de ce but. Si les voies et moyens, *tels qu'ils ont été exprimés*, ne s'adaptent plus aux circonstances, il faut chercher dans le but même de la règle légale le moyen de les adapter pour le règlement du cas concret qui s'impose à l'attention du praticien de droit. Et M. RENARD estime qu'en procédant de la sorte, on reste encore dans la légalité entendue au sens propre de ce mot (comp. *op. cit.*, p. 113 et s., 133 et s.).

C'est ici que nous ne sommes plus tout à fait d'accord avec l'auteur. Nous croyons que, dans les cas exceptionnels où le juge se sépare de la *volonté* du législateur pour rechercher et appliquer uniquement ce que M. RENARD appelle le *but* de la loi, étant entendu que celui-ci en constitue l'élément le plus stable, on ne peut plus dire qu'il est encore tenu compte de la règle légale, soit pour l'appliquer, soit pour l'adapter, bref qu'il s'agit ici d'*évaluation concrète intra legem* (comp. *op. cit.*, p. 68 et s.). Nous estimons toujours avec M. le doyen GENY que « tant qu'on reste dans la sphère de l'interprétation de la loi proprement dite, la recherche (du contenu de la volonté législative) doit être faite sans idée préconçue, ni sur la perfection plus ou moins idéale de la règle à découvrir, ni sur son adaptation plus ou moins complète au milieu social dans lequel elle doit s'appliquer », et nous sommes d'accord avec le savant maître pour reconnaître que « ce n'est qu'à ces conditions que se justifient la précision et l'énergie de la puissance législative sur le droit positif » (Fr. GENY, *Méthode d'interprétation*, 2^e éd., t. I, p. 265 et s.). C'est que la loi elle-même telle qu'elle a été édictée par le Parlement et promulguée par l'Exécutif tient tout entière dans les *voies et moyens* fixés unilatéralement par les représentants de la nation pour la réalisation d'un but déterminé. Dès qu'on s'écarte de ces voies et moyens, on ne reste plus dans la légalité strictement entendue. C'était, du reste, encore là la thèse de M. RENARD, lorsqu'il affirma, il y a quatre ans, que la règle de l'interprétation étroite de la loi pénale n'est qu'une accentuation du principe qui régit l'interprétation de toute loi, que la règle à appliquer tient tout entière dans la formule exprimée par le législateur et que « la rigidité des textes et de la technique juridique, y compris une certaine stabilité de la terminologie, doit apparaître comme le signe de leur aptitude au rôle qu'ils ont à jouer » (*Le Droit de la profession pharmaceutique*, Sirey, 1924, p. 21 et s. et p. 235).

Ainsi, en dépit des formules très prenantes de l'étude récente de M. RENARD, en dépit de la puissance d'analyse et de la force de persuasion particulières à l'auteur, auquel il est souvent difficile de résister, nous persistons à croire que, lorsque, dans un cas déterminé, et pour des raisons d'une gravité exceptionnelle, le praticien estime devoir se dispenser d'appliquer la formule précise de la loi, on ne saurait dire, sous aucun prétexte, qu'il ait encore été fait application, soit de près, soit de loin, du texte régissant la matière dont il s'agit. Lorsqu'on ne tient compte ni de la lettre ni même du sens profond des stipulations

imposent des mesures exceptionnelles prises par l'autorité administrative. Aussi, si l'on fait abstraction de la matière

expresses de la règle légale, on applique peut-être une idée juste pré-existant à la loi, dont le législateur s'est inspiré et dont la loi considérée en l'espèce ne constitue qu'une réalisation particulière, mais on n'interprète pas la loi elle-même qui tient sinon toujours dans la lettre, du moins dans l'esprit des formules précises énoncées, à tort ou à raison, par le législateur.

Selon notre éminent maître, « il faut choisir : ou bien la *coutume* « *contra legem*, ou bien l'*interprétation idéaliste* des lois et la distinction coutumière des lois à appliquer et des lois à adapter; pas de « milieu » (*op. cit.*, p. 73). Et l'auteur se prononce, bien entendu, pour l'*interprétation idéaliste*, alors que dans son livre intitulé *Le Droit, la Logique et le Bon Sens*, 1925, il acceptait sans peine l'existence d'un casuisme s'exerçant *ultra* et même *contra legem* (*Cf. op. cit.*, p. 357 et s.).

A cela nous répondons que nous ne croyons pas du tout que notre point de vue nous amène *nécessairement* à défendre dans certains cas une coutume établie *contra legem*. Les prévisions du législateur sont évidemment limitées. La règle légale doit donc s'interpréter selon ces prévisions, si l'on s'attache à l'interprétation volontariste. L'application, à un cas concret, de la formule énoncée par le législateur n'est justifiée que dans la mesure où il est bien tenu compte de cette considération. La « *libre recherche scientifique* », suivant la terminologie de M. GÉNY, qui s'exerce normalement dans un domaine ne rentrant plus dans les prévisions de la loi et qui, selon nous, a lieu même dans les cas, assez rares, d'une loi absolument inapplicable à l'espèce considérée (sur l'étendue d'application de ce moyen d'interprétation du droit cf. Fr. GÉNY, *op. cit.*, t. II, p. 74 et s.), ne peut donc toujours être tenue pour contraire à la loi alors même qu'elle aboutirait à des résultats qui, en eux-mêmes, ne cadrent plus avec le texte légal (comp. G. RENARD, *op. cit.*, p. 67). C'est ainsi, par exemple, qu'on peut très bien concevoir que l'application de l'article 900 du Code civil telle qu'elle est comprise par les tribunaux, qui annulent purement et simplement les donations affectées d'une condition impossible ou illicite, si cette condition a été la cause impulsive de l'acte, alors que la loi décide, en termes formels, que seule la condition doit être réputée non écrite, constitue, à proprement parler, non pas une déformation de la volonté législative (comme le veut, du reste, M. GÉNY, *op. cit.*, t. I, p. 260); mais la mise en œuvre d'une idée juste, tirée de la nature même des choses, qu'il faut considérer comme étant restée en dehors des prévisions du législateur. La coutume qui s'établit dans les cas de ce genre a donc bien plus le caractère d'une coutume *extra legem* que celui d'une coutume *contra legem*.

Voilà le milieu — repoussé par M. RENARD — que nous voyons entre l'illégalité flagrante et l'interprétation idéaliste des lois, que nous ne pouvons nous décider à faire rentrer dans un système d'interprétation du texte légal lui-même malgré tous les attraits que présente ce procédé.

spéciale des *pouvoirs de guerre*, dont l'exercice légitime ne donnait pas lieu à indemnité, solution qui pouvait se justifier par les circonstances et les conditions dans lesquelles l'autorité publique fut amenée à user de ces pouvoirs, le Conseil d'Etat reconnaît-il, aujourd'hui, dans les cas, où l'administration se voit obligée d'observer une attitude contraire au droit formel et préjudiciable à certains intérêts particuliers, un droit à indemnité aux personnes lésées (1).

III. — Il est à peine nécessaire de dire que la Cour de cassation n'a pas suivi la jurisprudence administrative dans la voie où elle s'est engagée.

La théorie de l'illégalité légitime n'est pas une théorie judiciaire. Le juge ordinaire, toujours imbu de l'idée de la suprématie de la règle légale, même lorsqu'elle est de nature à aller à l'encontre du droit, n'a guère compris que pour des raisons supérieures de bonne administration on pût ouvrir une brèche aussi sérieuse dans l'ensemble du système légal. Nous croyons inutile d'insister ici sur ce point (2).

(1) V. ci-dessus p. 402 et s.

(2) Cf. not. Cass.-crim. 3 novembre 1917 *Réault* S. 17.1.145 avec la note de M. Roux (arrêt déclarant illégal l'article 1^{er} du décret du 3 mai 1917 qui interdisait aux meuniers de laisser sortir de leurs moulins ou de vendre de la farine de froment comprenant moins de 85 % de blé mis en mouture, alors que, d'après la loi en vigueur, le taux légal d'extraction était de 80 %). M. Duguit (*op. cit.*, t. III, p. 704) qui n'approuve pas l'attitude de la jurisprudence administrative constate avec satisfaction que la Cour de cassation s'est montrée plus ferme que le Conseil d'Etat, ce dont, selon lui, on ne saurait que la féliciter. V., du reste, les critiques formulées par cet auteur, *op. cit.*, t. III, p. 696 : *La question des règlements de nécessité*.

Il convient de remarquer que non seulement le Conseil d'Etat a su assouplir les concepts juridiques pour l'application de sa théorie, mais que, d'autre part, il a été amené à donner une interprétation très large des pouvoirs appartenant à l'autorité militaire en période d'état de siège, à l'effet de donner satisfaction aux exigences particulières de la situation. (Pour cette jurisprudence cons. not. A. Bosc, *op. cit.*, *Rev. dr. p.*, 1926, p. 240 et s.)

On peut supposer, au surplus, que c'est à cause de la résistance de la jurisprudence judiciaire dans toutes ces matières que le Tribunal des

conflits a dessaisi les tribunaux de l'ordre judiciaire de la connaissance de certains règlements édictés par les autorités militaires en temps de guerre alors, cependant, que les tribunaux ordinaires ont incontestablement compétence pour connaître des actes administratifs ayant le caractère de *règlements*. C'est là la théorie critiquable dite des actes *d'état de guerre* [V. Confl. 29 juillet 1916 *Vion fils* S. 17.3.1 avec la note de M. HAURIOU; cf. les arrêts du 14 février 1922 S. 22.1.241 (avec la note de M. DUGUIT) rendus par la Cour de cassation, qui, par une déformation flagrante du caractère juridique de ces règlements, a fini par décliner sa compétence en cette matière].
