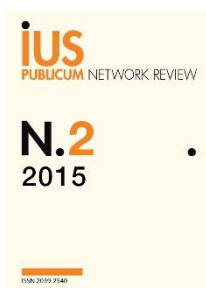


ius
PUBLICUM NETWORK REVIEW

N.2
2015

ISSN 2039-2540

Issue n. 2 - 2015-ISSN 2039 2540



Index

Articles

1. Pierre Delvolvé - L'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif
2. Anne-Charlène Bezzina - 2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !
3. Bertrand Seiller - Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique
4. Cristina Fraenkel-Haeberle - Il reclutamento universitario nella realtà federale tedesca
5. Luis Arroyo - Dolores Utrilla - Administrative Allocation of Limited Public Rights: Some Keystones for a General Theory
6. Grazyna Prawelska-Skrzypek, Witold Mikulowski - Problems and Prospects of Academic Careers in Poland

Reports

7. Judicial review and remedies
 - a. ITA: Sergio Foà, Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea
 - b. ITA: Sergio Foà, Administrative justice and preliminary references to the EU Court of Justice

**L'ACTUALITÉ DE LA THÉORIE DES BASES
CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF¹**

ANNUAL REPORT - 2015 - FRANCE

(Juin 2015)

Pierre DELVOLVÉ

INDEX

**1. LE DÉVELOPPEMENT DES NORMES CONSTITUTIONNELLES EN
DROIT ADMINISTRATIF**

- 1.1 Le développement des dispositions constitutionnelles en matière administrative*
- 1.2 Le développement constitutionnel des notions de droit administratif*

**2. LE DÉPASSEMENT DE LA THÉORIE DES BASES
CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF**

- 2.1. Le dépassement de la théorie du doyen Vedel*
- 2.2. Des bases constitutionnelles au cadre constitutionnel du droit administratif*

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, novembre - décembre 2014 , p. 1211, 1217 : version française, légèrement remaniée, d'un rapport présenté le 3 sept. 2014 à l'Université Externado de Colombie (Bogota) lors des XVe journées internationales de droit administratif, et publié en langue espagnole dans *La constitucionalizacion del Derecho administrativo* (Alberto Montana Plata et Andrés Ospina Garzon, editores), Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 41-59.

Les organisateurs du colloque sur la constitutionnalisation du droit administratif ont voulu que, dès le début des travaux, soit exposée l'actualité de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. C'est un honneur à un double titre : d'une part, pour un participant français, il manifeste une attention particulière pour la doctrine française qui est à l'origine de la théorie ; d'autre part, pour le rapporteur auquel est demandée la présentation du sujet, il souligne le lien qu'il a eu avec l'auteur de la théorie, le doyen Vedel, qui l'a associé à son ouvrage de droit administratif à partir de la 7^e édition ; c'est dans cette même édition que le doyen a déjà actualisé cette théorie. Il en est l'auteur exclusif : puisqu'il se trouve désormais dans un autre monde, on ne peut ici que rappeler sa thèse et essayer de déterminer en quoi elle survit aujourd'hui. Il faut revenir au célèbre article publié en 1954 dans *Études et documents du Conseil d'État*². L'auteur constate l'affirmation faisant l'objet d'un accord général, selon laquelle « la Constitution est la base nécessaire des règles dont l'ensemble compose le droit administratif », dont la démonstration est inutile : « elle découle de la nature même de la Constitution, fondement de l'ordre juridique français et charte de l'organisation étatique ». Il veut aller plus loin en cherchant « sur quelles bases constitutionnelles peut se construire le droit administratif ». Contestant la notion de service public qui a pu paraître un temps la pierre angulaire du droit administratif, non seulement parce qu'elle est en crise mais parce qu'elle introduit une solution de continuité entre les principes constitutionnels et le droit administratif, il établit que « notre droit administratif doit se construire sur les notions de pouvoir exécutif et de puissance publique ». Ses propositions sont ainsi résumées : « l'administration stricto sensu n'est autre chose que l'exercice de la puissance publique par le pouvoir exécutif. Le droit administratif est le corps de règles spéciales applicables à l'activité du pouvoir exécutif en tant qu'il use de la puissance publique ». La thèse, fondée sur les textes constitutionnels de 1875 et 1946 et la

² N° 8, p. 21.

jurisprudence auxquels ils ont donné lieu³, a dû être une première fois actualisée avec la Constitution de 1958, et notamment son article 3 donnant à l'exécutif un pouvoir réglementaire « autonome » : l'ouvrage *Droit administratif*, publié pour la première fois la même année, a cru pouvoir en déduire que l'activité administrative était l'activité de droit commun de la puissance publique et le droit administratif, « le droit commun de la puissance publique ». Ainsi, plutôt que des bases constitutionnelles du droit administratif, est établie la base constitutionnelle. Cette thèse fut ébranlée par plusieurs démonstrations : d'abord, René Chapus⁴ a identifié le droit administratif comme le droit du service public et le contentieux administratif comme le contentieux de la puissance publique – distinction contestée par Paul Amselek⁵, et s'éloignant de la question des bases constitutionnelles ; puis Charles Eisenmann y est revenu de manière centrale en démontant de manière systématique la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif⁶. Le doyen Vedel en a tenu compte dans la préface à la 7e édition de son *Droit administratif* (1980). Admettant l'erreur commise quant à la première interprétation de la Constitution de 1958, il rappelle la nécessité logique d'un lien entre droit administratif et droit constitutionnel et l'importance de la notion de pouvoir exécutif doté de prérogatives de puissance publique au coeur de l'histoire du critère de compétence et de celle du régime administratif. Il maintient l'idée que le droit administratif repose nécessairement sur « des bases constitutionnelles... ». Il l'affine et la précise. Il arrive « ainsi à définir l'administration comme l'ensemble des activités du gouvernement et des autorités décentralisées étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre les pouvoirs publics et s'exerçant sous un régime de puissance publique » – et le droit

³ CE, 28 juin 1918, *Heyriès* ; CE, 8 août 1919, *Labonne*.

⁴ R. Chapus, « Le service public et la puissance publique », *RD publ.* 1968. 235-282.

⁵ P. Amselek, « Le service public et la puissance publique – Réflexions autour d'une étude récente », *AJDA* 1968. 492-507.

⁶ C. Eisenmann, « La théorie des bases constitutionnelles du droit administratif », *RD publ.* 1972. 1345-1441.

administratif comme le droit de ces activités. Revenant plus tard sur cette controverse⁷, le doyen Vedel observe, d'une part, qu'elle est dépassée, d'autre part, que les « bases constitutionnelles émergeront de plus en plus de notre droit positif ». Il a plus tard encore pris une certaine distance par rapport à sa position initiale⁸. Cela encourage à actualiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif et à la relativiser. Le doyen Vedel l'avait établie dans un cadre exclusivement français : il ne se fondait que sur les textes constitutionnels de la France, ceux de 1875 et 1946 d'abord, celui de 1958 ensuite, et sur la jurisprudence du Conseil d'État. On ne peut plus le faire. Le développement du droit administratif dans de nombreux systèmes juridiques, y compris anglo-saxons, les interactions entre eux, non par voie hiérarchique évidemment, mais par observation, comparaison, échanges (comme celui de ce colloque), ont conduit, non à une unification, mais à une convergence faisant apparaître des notions et des solutions communes. La réflexion sur l'identité du droit administratif ne peut être limitée à un cadre exclusivement national. Pourtant, chaque droit administratif national a sa spécificité : le contenu peut varier d'un État à l'autre. Le professeur Cassese écrit à ce sujet⁹ : « La notion et les règles du droit administratif n'ont pas de valeur générale et universelle, comme celles du droit privé ; elles diffèrent d'un pays à l'autre, selon que le droit administratif est plus ou moins développé ; de même les principes ordonnateurs sont de types différents selon les pays, les réflexions juridiques sont très vastes ou très circonscrites. En somme, il n'y a pas d'unités profondes, mais des entités disparates, sans cohérence ». À cela s'ajoute la création d'un véritable droit administratif européen, fondé sur des traités qui ont successivement fondé la Communauté européenne

⁷ G. Vedel, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica – Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 133-145.

⁸ Propos d'ouverture », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, sous la direction de B. Mathieu et M. Verpeaux, Economica, 1998, p. 13 s.

⁹ S. Cassese, *La construction du droit administratif. France et Royaume-Uni* (trad. de l'italien par J. Morvillez-Maigret), Montchrestien, 2000, p. 14.

puis l'Union européenne¹⁰. Faut-il alors renoncer à essayer de trouver une théorie unique des bases constitutionnelles puisque le droit administratif lui-même n'est pas unique ? On peut au moins chercher si, au-delà de la diversité du droit administratif et à travers celle de ses bases constitutionnelles, il n'existe pas partout un socle constitutionnel du droit administratif. Les droits administratifs peuvent être variés, leurs bases constitutionnelles aussi, mais le système des bases constitutionnelles devrait permettre de dégager une théorie qui les englobe toutes. Encore faut-il s'entendre sur ce que sont des bases, car il est souvent parlé autant de sources constitutionnelles¹¹ que de bases constitutionnelles. Selon le Grand dictionnaire Robert, la base est d'abord la partie inférieure d'un corps, sur laquelle il porte ou repose ; au figuré, elle est le principe fondamental sur lequel repose un raisonnement, une proposition, un système, une institution. Le mot renvoie à fondement, qui est, en logique, ce sur quoi repose un certain ordre ou un certain ensemble de connaissances. Base et fondement sont ainsi des concepts semblables. La source est d'abord le point d'où sort l'eau ou l'eau qui sort elle-même. Au sens figuré, elle est le point d'origine de quelque chose (par exemple d'une information, de la chaleur, de la lumière, de l'énergie), duquel celle-ci découle. Si l'on applique ces définitions dans l'espace, la base (ou le fondement) permet d'élever un édifice verticalement, la source se répand horizontalement. La base soutient, la source produit. La base sert à construire, la source permet plusieurs usages. Si l'on applique ces définitions aux rapports entre droit constitutionnel et droit administratif, les sources constitutionnelles contribuent à déterminer le contenu du droit administratif, les bases constitutionnelles sont le socle sur lequel se construit le droit administratif. Il n'est pas toujours facile de différencier sources constitutionnelles et bases constitutionnelles, car les sources peuvent servir à établir les bases du droit administratif autant qu'elles peuvent servir à en déterminer le contenu. Mais pour être fidèle au sujet proposé, il faut chercher en quoi le droit constitutionnel permet la

¹⁰ V. notamment, J. Scharze, *Droit administratif européen*, Bruylant, 2e éd., 2009.

¹¹ Par ex., B. Stür, *Les sources constitutionnelles du droit administratif – Introduction au droit public*, préface G. Vedel, LGDJ, 8e éd., 2014.

construction du droit administratif en un édifice juridique spécifique. L'actualité fait apparaître à ce sujet deux tendances :

- le développement des normes constitutionnelles en droit administratif ;
- le dépassement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.

1. LE DÉVELOPPEMENT DES NORMES CONSTITUTIONNELLES EN DROIT ADMINISTRATIF

Le développement des normes constitutionnelles en droit administratif est un aspect du développement de la constitutionnalisation du droit dans son ensemble, sous l'effet du constitutionnalisme, marqué à la fois par l'augmentation du nombre et du champ des normes constitutionnelles et par le renforcement de la justice constitutionnelle. Le doyen Vedel a élaboré « sa » théorie à partir des arrêts du Conseil d'État (v. note 2) interprétant des dispositions constitutionnelles. Comme l'observe Olivier Jouanjan¹², le Conseil d'État a fait parler les textes constitutionnels pour leur donner un sens et une portée. Depuis lors, s'il n'a pas perdu son rôle créateur, il a été relayé par le Conseil constitutionnel au fur et à mesure de l'accroissement de ses interventions et de l'affermissement de son autorité. Le phénomène n'est pas propre à la France. Toutes les juridictions constitutionnelles, selon des procédés divers, ont pu et ont dû, à partir des textes constitutionnels, préciser les normes constitutionnelles s'imposant à toutes les branches du droit. On en trouve des illustrations même dans celles, tel le droit civil, qui paraissaient a priori les plus réticentes au

¹² « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011, t. 1, p. 383 s., spéc. p. 394.

phénomène¹³. « La constitutionnalisation du droit administratif »¹⁴ apparaît ainsi comme un phénomène parmi d'autres. Cela peut contribuer à relativiser la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif alors même que ces normes se développent elles-mêmes de deux manières : formellement, par le développement de dispositions constitutionnelles en matière administrative ; matériellement, par le développement constitutionnel de notions de droit administratif.

1.1. Le développement des dispositions constitutionnelles en matière administrative.

Le doyen Vedel s'était fondé exclusivement sur l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et l'article 47 de la Constitution du 27 octobre 1946, puis sur l'article 21 de celle du 4 octobre 1958, chargeant successivement le Président de la République, le Président du Conseil et le Premier ministre de l'exécution des lois. Il ne s'était pas servi des dispositions des Constitutions de 1946 et 1958 relatives aux collectivités locales. Actuellement, les révisions dont la Constitution de 1958 a fait l'objet depuis son adoption, si elles n'ont pas touché à l'article 21, ont renforcé certains aspects de l'administration, particulièrement la révision du 28 mars 2003. Il est désormais de principe, selon l'article 1er, que l'organisation de la République est décentralisée ; il en résulte plusieurs aménagements des dispositions relatives aux collectivités territoriales. C'est peu par rapport à ce que l'on trouve dans des constitutions d'autres États. Une recherche menée à l'occasion de l'étude de

¹³ V. par ex., F. Luchaire, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTD civ. 1982. V., in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008 ; les articles sur la constitutionnalisation du droit civil, du droit économique, du droit du travail, du droit pénal, du droit processional, du droit public financier, du droit de l'environnement, respectivement par N. Molfesis, Ph. Terneyre, O. Dutheillet de Lamothe, B. Boulloc, S. Guinchard, M. Bouvier et M. Prieur, p. 419 s.

¹⁴ V. dans le même ouvrage, pp. 397-418 l'étude de P. Delvolvé.

la Constitution administrative de la France¹⁵ a révélé que les constitutions sont inégalement précises. Certaines le sont surtout pour les collectivités locales auxquelles elles consacrent des dispositions spéciales. C'est le cas par exemple de celles de la République tchèque (1992, art. 99 s.), de la Lituanie (1991, art. 119 s.), de la Bulgarie (1991, art. 135 s.). D'autres sont plus générales, dans leur formulation ou dans leur objet. La Constitution italienne (1947) renvoie pour l'essentiel (art. 97) à la loi d'organisation et de fonctionnement des services publics. La Constitution grecque (1975) consacre à l'administration une section F qui porte sur l'organisation générale de celle-ci et sur le statut de ses agents. Les formulations s'élargissent avec l'article 103 de la Constitution espagnole (1978), qui établit des principes généraux sur la manière dont l'administration doit servir (« avec objectivité ») et agir (efficacité, hiérarchie, décentralisation, déconcentration et coordination, soumission à la loi et au droit), celle de la Roumanie (1991), qui consacre un chapitre V (art. 165 s.) à « l'administration publique » en distinguant l'administration centrale et l'administration locale. La Constitution portugaise (1976) est beaucoup plus riche avec tout un titre IX (art. 266 à 272) consacré à l'« administration publique », précisant, après des « principes fondamentaux », la « structure de l'administration », les « droits et garanties des administrés », le « régime de la fonction publique », les « restrictions à l'exercice de droits » de certains agents, la « responsabilité des fonctionnaires et des agents », la « police ». C'est sans doute celle qui, en matière administrative, d'une part, est la plus précise, d'autre part, établit le dispositif, sinon le plus complet, du moins le plus essentiel, et établit ainsi la trame d'une constitution administrative. Deux constitutions méritent d'être particulièrement citées car elles comportent une systématisation propre à notre sujet. Les formules de la Constitution hongroise de 2011 auraient particulièrement étayé la théorie des bases constitutionnelles du doye Vedel. En effet, selon l'article 15, 1. Le gouvernement est l'organe général du pouvoir exécutif, ses prérogatives englobent tout ce qui ne relève pas expressément de la compétence d'un autre organe en vertu de la Loi fondamentale ou de toute autre norme juridique. ... 2. Le

¹⁵ *La Constitution administrative de la France* (sous la Direction de J.J. Bienvenu, J. Petit, B. Plessix et B. Seiller), Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2012. Rapport introductif par P. Delvolvé, pp. 3-12, spéc. p. 9.

gouvernement est l'organe suprême de l'administration de l'État, habilité, dans les cas et les conditions prévus par la loi, à créer des organes d'administration d'État. 3. Dans le cadre de l'accomplissement de ses missions, le gouvernement prend, sur la base d'une autorisation accordée par une loi, des décrets relatifs à des sujets ne relevant pas du domaine de la loi. S'y ajoutent les dispositions propres aux collectivités locales (art. 31 s.). La plus ambitieuse est sans doute la Constitution de la Colombie de 1991, qui ne se contente pas d'établir l'organisation de l'État, mais, au sein de la branche de l'exécutif, définit la fonction administrative (art. 209 s.). Il ne s'agit là que d'un inventaire incomplet. Il est insuffisant pour établir partout et toujours les bases constitutionnelles du droit administratif. Du moins les articles cités sont-ils une illustration de la part que certaines constitutions donnent à des questions d'ordre administratif. Ils peuvent contribuer plus profondément au développement constitutionnel des notions du droit administratif.

1.2. Le développement constitutionnel des notions de droit administratif.

C'est essentiellement la jurisprudence qui, à partir des dispositions constitutionnelles, par une interprétation créative a érigé au niveau constitutionnel des éléments essentiels du droit administratif. Elle l'a fait pour les notions centrales du droit administratif et du régime administratif. S'agissant des notions centrales du droit administratif, on retrouve celles qui, en tout cas en France, ont servi à la construction et à la systématisation du droit administratif. On sait l'importance de la notion de service public, celle-là même que le doyen Vedel trouvait insuffisante pour servir de base constitutionnelle au droit administratif – et qui d'ailleurs n'est pas reprise dans tous les systèmes étrangers, voire peut paraître rejetée par le droit de l'Union européenne. Du moins le Conseil constitutionnel a-t-il contribué en France à reconnaître les exigences constitutionnelles relatives à l'existence de services publics et au régime du service public. Dans le premier cas, il affirme que « la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles à valeur constitutionnelle »¹⁶, sans cependant ni

¹⁶ Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC.

les identifier ni les définir : on sait seulement par là que la notion de service public s'élève au niveau constitutionnel. Cela se confirme dans le second cas puisque le Conseil constitutionnel appelle au « respect des exigences du service public »¹⁷ ou encore des « exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics »¹⁸ ; en particulier, « la continuité du service public [...] a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle »¹⁹. La notion de puissance publique est tout autant sollicitée. Elle est au cœur de la fameuse décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 identifiant le principe constitutionnel selon lequel « relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ». La référence à la fois au pouvoir exécutif et à la puissance publique est un écho direct de la position du doyen Vedel sur les bases constitutionnelles du droit administratif, qu'il a pu faire entériner par le Conseil constitutionnel auquel il appartenait lorsque celui-ci a rendu la décision du 23 janvier 1987, dont le doyen a été le rapporteur. C'est une confirmation éclatante de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif. Elle se prolonge au sujet du régime administratif, caractérisé par deux éléments indissociablement liés à l'État de droit que la Constitution établit. Le premier est le principe de la soumission de l'administration au droit. On a parlé longtemps du principe de légalité ; la formule vaut toujours, sauf à souligner que l'administration n'est pas seulement soumise à la loi. À ce sujet encore, les développements du droit constitutionnel ont souligné comme faisant partie du corps constitutionnel l'exigence du respect du droit par l'administration. Certes, ils n'ont pas été attendus pour que le principe de légalité soit considéré comme « le plus important de notre droit public », dont le respect s'impose « à toutes les autorités

¹⁷ Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC.

¹⁸ Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC.

¹⁹ Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC.

administratives si haut qu'elles fussent placées et quel que fût leur caractère »²⁰. Mais certaines dispositions constitutionnelles ont conduit à en rehausser le niveau et en renforcer la portée. On peut citer certaines constitutions en ce sens. De l'article 1er de la Constitution espagnole de 1978, aux termes duquel « l'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui proclame comme valeurs suprêmes de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique », les tribunaux ont déduit les principes de légalité et de sécurité juridique²¹. En Allemagne, « le juge constitutionnel et le juge administratif ont tiré du principe de l'État de droit (Rechtsstaat), qui est posé par les articles 20 et 28 de la Loi fondamentale, non seulement le principe de légalité sous toutes ses variantes, mais encore un certain nombre de principes du droit administratif tels que l'impartialité, l'obligation de motiver les décisions, la sécurité juridique et spécialement la protection de la confiance légitime »²². Plus directement, l'article 266-2 de la Constitution portugaise de 1976 dispose : « les organes et les agents administratifs observent la Constitution et la loi et doivent exercer leurs fonctions dans le respect des principes d'égalité, de proportionnalité, de justice et d'impartialité ». En France, si le principe de la soumission de l'administration au droit n'a pas été exprimé par une disposition de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère que lorsque des pouvoirs sont attribués à des autorités administratives ou publiques, notamment celles qui sont qualifiées d'« indépendantes », elles sont toujours tenues de respecter les éléments de la légalité²³. Le second principe constitutionnel du régime administratif est celui de la soumission de l'administration à contrôle. Il s'exprime en France à travers l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 relatif à

²⁰ Conclusions J. Delvolvé sur CE, 17 févr. 1950, n° 86949, *Ministre de l'agriculture c/ Dame Lamotte*, RD publ. 1951. 478

²¹ M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, PUF, Thémis, 2006, p. 103.

²² *Idem, ibidem*.

²³ Par ex., Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

« la garantie des droits », de laquelle découle le droit à un recours effectif²⁴, précisé comme devant être « juridictionnel »²⁵ Plus explicitement et plus anciennement, l'article 131 de la Constitution fédérale d'Autriche permet à toute personne qui prétend être lésée de former un recours en violation du droit contre la décision d'une autorité administrative ; l'article 132 envisage un recours contre la violation du devoir de décider. Plus récemment, avec la *Loi fondamentale* de l'Allemagne fédérale (art.19, al. 4), « *quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel* ». L'article 106-1 de la Constitution espagnole charge les tribunaux de contrôler « *le pouvoir de réglementation et la légalité de l'action administrative, ainsi que la soumission de celle-ci aux lois qui la justifient* ». Pour la Constitution polonaise de 1997 (art. 184), « *la Haute cour administrative et les autres tribunaux administratifs exercent, dans les limites de la loi, le contrôle de l'activité de l'administration* ». La Constitution portugaise est encore plus prolixe : par son article 268, alinéa 4, « *il est garanti aux administrés une protection juridictionnelle effective de leurs droits ou intérêts juridiquement protégés, comprenant notamment la reconnaissance de ces droits ou intérêts, la condamnation de tout agissement administratif qui lèse ceux-ci, indépendamment de la forme, la détermination des cas où l'administration est tenue par la loi d'agir et l'adoption de mesures provisoires appropriées* ». Il ne s'agit là que de quelques exemples. Ils pourraient être multipliés²⁶. Ainsi se sont développées les normes constitutionnelles propres au droit administratif. Cela confirme-t-il la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif ? On peut avoir un doute.

²⁴ Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC ; Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-129 QPC.

²⁵ Cons. const., 17 juin 2011, n° 2011-138 QPC.

²⁶ V., M. Fromont, *op. cit.*, p. 106.

2. LE DÉPASSEMENT DE LA THÉORIE DES BASES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT ADMINISTRATIF

L'importance du développement des normes constitutionnelles dans le droit administratif qu'on vient de constater conduit paradoxalement au dépassement de la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif, à un double titre : d'une part, celle du doyen Vedel ne paraît plus tenir ; d'autre part, au-delà, il ne paraît plus possible de fonder le droit administratif sur des bases constitutionnelles.

2.1. Le dépassement de la théorie du doyen Vedel.

Le doyen Vedel avait déjà réajusté lui-même sa théorie dans sa préface à la 7^e édition de son *Droit administratif* pour tenir compte des critiques de Charles Eisenmann et, accessoirement, de René Chapus et Paul Amselek. Dans son article dans l'ouvrage consacré à *La Pensée de Charles Eisenmann*, il paraissait même douter que sa théorie puisse encore subsister. Les développements du droit administratif, particulièrement de la jurisprudence administrative, en tout cas en France, confirment cette perspective. Si l'on reprend la définition de l'administration et, corrélativement, du droit administratif qui lui est spécifique, à laquelle le doyen était parvenu en 1980, on peut en observer les limites dans ses différents éléments. Tout d'abord l'administration était définie comme constituée par les activités du gouvernement et des autorités décentralisées. Il reste évidemment exact que le gouvernement et les autorités décentralisées sont des organes administratifs. On peut déjà observer qu'entre 1954 et 1980, la thèse initiale, centrée sur le pouvoir exécutif et sa mission d'exécuter des lois, avait été élargie : on ne peut pas considérer que les autorités décentralisées font partie exactement du pouvoir exécutif. Certes elles assurent l'exécution des lois dans le domaine qui leur est propre, mais elles ne sont pas le prolongement du pouvoir exécutif gouvernemental, même si celui-ci les contrôle. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 distingue d'ailleurs clairement « les autorités exerçant le pouvoir exécutif » et « les collectivités territoriales » – lesquelles font, dans la Constitution, l'objet de dispositions propres. Il faut ajouter d'autres autorités distinctes de l'exécutif proprement dit, qui se sont

développées à partir des années quatrevingts, comme autorités administratives ou autorités publiques indépendantes : on pourrait les ranger dans les autorités « décentralisées » en raison de leur indépendance même ; on pourrai aussi dire qu'elles reçoivent des attributions qui auraient pu ou dû relever de l'exécutif au sens strict et qu'elles font partie de celui-ci au sens large. Mais, de toute façon, elles constituent un élargissement du champ de l'administration au-delà des dispositions constitutionnelles. La même observation peut être faite au sujet des organismes privés chargés d'une mission de service public et dotés de prérogatives de puissance publique : leur reconnaissance comme entrant dans le champ du droit administratif²⁷ et de la compétence de la juridiction administrative²⁸ est ancienne ; elle s'est prolongée²⁹. On peut encore les considérer comme des institutions décentralisées mais elles s'éloignent du pouvoir exécutif et des dispositions constitutionnelles relatives au pouvoir exécutif et aux collectivités territoriales : ces dispositions n'ont jamais été ni citées ni utilisées pour fonder leur soumission au droit administratif et à la compétence administrative. De manière plus caractéristique, l'élargissement du champ du droit administratif et de la compétence administrative a atteint les autorités parlementaires, non dans leurs fonctions législatives, mais dans leurs fonctions administratives. Cela résulte, non pas seulement de dispositions ayant attribué certains contentieux des activités parlementaires à la juridiction administrative, mais de la reconnaissance par celle-ci de sa propre compétence sans l'intermédiaire d'un texte, à propos de marchés conclus par les assemblées parlementaires³⁰ : *« il appartient à la juridiction administrative de connaître des contestations relatives aux décisions par lesquelles les services de ces assemblées procèdent au nom de l'État à leur passation »*. C'est reconnaître que la fonction administrative dépasse celle de l'exécutif et

²⁷ CE, 13 mai 1938, n° 57302, *Caisse primaire « Aide et protection »*.

²⁸ CE, 31 juill. 1942, n° 71398, *Monpeurt Verreries et Cristalleries d'Alfortville*.

²⁹ CE, 22 févr. 2007, n° 264541, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)* ; CE, 6 avr. 2007, n° 284736, *Commune d'Aix-en-Provence*.

³⁰ CE, 5 mars 1999, n° 163328, *Président de l'Assemblée nationale*

peut s'exercer dans le cadre d'organes parlementaires comme, précédemment, dans celui d'organes privés. On ne peut plus définir l'administration comme portant seulement sur les activités du gouvernement et des autorités décentralisées. On ne peut non plus préciser que ce sont seulement les activités étrangères à la conduite des relations internationales et aux rapports entre pouvoirs publics. Certes, dans les deux cas, il existe encore des aspects échappant au droit administratif et à la compétence administrative : mais l'un et l'autre y empiètent plus que naguère. Désormais le juge administratif contrôle le respect par l'exécutif des conditions de ratification des traités, en vérifiant si elle a été précédée de l'autorisation législative nécessaire³¹ ; il vérifie les conditions de notification à la Commission européenne des mesures législatives pouvant constituer des aides d'État³²; il a même annulé le refus du gouvernement de procéder à une extradition demandée par un gouvernement étranger³³ Dans les relations entre pouvoirs publics, l'avancée du contrôle administratif s'est manifestée avec celui qu'exerce le Conseil d'État sur le refus du gouvernement de saisir le Conseil constitutionnel pour que celui-ci reconnaisse que la loi a empiété sur le domaine du règlement³⁴. Il existe certes encore des cas où le juge administratif se récusé au sujet de

³¹ CE, 18 déc. 1998, n° 181249, *SARL du parc d'activités de Blotzheim et SCI « Haselaecker »*

³² CE, 7 nov. 2008, n° 282920, *Comité national des interprofessions des vins à appellations d'origine*.

³³ CE, 15 oct. 1993, n° 142578, *Royaume Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et Gouverneur de la colonie royale de Hong-Kong*.

³⁴ CE, 3 déc. 1999, n° 199622, *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire, Association France nature environnement*.

mesures touchant aux relations internationales³⁵ ou aux rapports entre pouvoirs publics³⁶. Mais cela ne concerne que des cas extrêmes. Il est donc difficile de définir l'administration et le droit administratif comme exclusifs des activités externes et des rapports

entre pouvoirs publics. De même, le régime de puissance publique, si important qu'il soit pour caractériser le droit administratif et la compétence administrative (comme la décision du 23 janvier 1987 le montre expressément), n'est pas exclusif : le service public peut servir à lui seul. On en a la preuve avec l'un des cas cités dans l'arrêt *APREI* du 22 février 2007 : pour identifier l'attribution d'un service public à un organisme privé, si la présence de prérogatives de puissance publique sert dans un premier cas, dans le second, « *même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* ». D'autres arrêts confirment cette solution³⁷. Dès lors, au regard du seul droit français, la théorie du doyen Vedel fondant le droit administratif, non pas sur des bases constitutionnelles, mais sur une base constitutionnelle, ne peut plus être retenue. Si l'on élargit l'analyse aux droits administratifs étrangers, la même observation peut

³⁵ Pour un exemple récent CE, réf., 23 mai 2014, n° 380560 : la décision par laquelle le gouvernement français s'est opposé à la tenue sur le territoire français d'opérations permettant aux ressortissants syriens de participer à l'élection présidentielle de Syrie, « n'est pas détachable des relations internationales » ; « elle échappe, dès lors, de manière manifeste à la compétence de la juridiction administrative ».

³⁶ CE, 26 nov. 2012, *Krikorian* : le refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi, y compris pour la transposition d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne, échappe à la compétence de la juridiction administrative

³⁷ T. confl., 9 déc. 2013, n° 3924, *Pôle Emploi PACA*.

être reprise. On peut relever avec Michel Fromont³⁸ la diversité des règles de compétence de la juridiction administrative et, corrélativement, du champ d'application du droit administratif. Dans les systèmes où cette compétence est la plus étendue, elle n'est pas déterminée au regard des critères qui auraient établi les bases constitutionnelles du droit administratif. Par exemple, en Espagne, ce n'est pas la Constitution mais la loi sur la justice administrative du 7 juillet 1998 qui attribue (art. 1er) aux tribunaux et cours de justice administrative le contentieux « des prétentions qui sont relatives à l'action des administrations publiques soumises au droit administratif », celles-ci étant « les entités de droit public qui dépendent ou sont liées à l'État, aux Communautés autonomes ou aux entités locales ». La Constitution ne définit pas ce qu'est le droit administratif auquel ces autorités sont soumises. Dès lors il est difficile de considérer aujourd'hui que le droit administratif a en tant que tel une base constitutionnelle, entendue comme l'assise sur laquelle il est établi. On peut néanmoins essayer de préciser théoriquement les liens entre droit constitutionnel et droit administratif.

2.2. Des bases constitutionnelles au cadre constitutionnel du droit administratif

L'importance des dispositions constitutionnelles portant sur le droit administratif et de la reconnaissance constitutionnelle de notions et de solutions de droit administratif ne permet évidemment pas de nier les liens entre droit constitutionnel et droit administratif. Ceux-ci sont mis en valeur lorsqu'on parle de sources constitutionnelles du droit administratif (v. note 8). La formule souligne seulement l'origine de solutions de droit administratif. Mais cela ne fait pas du droit constitutionnel le fondement du droit administratif, le droit administratif ayant sa source aussi dans d'autres branches, tel le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec l'interprétation et l'application qu'en a faites la Cour européenne des droits de l'homme, et

³⁸ *Op. cit.*, p. 111 s.

le droit de l'Union européenne, avec l'ensemble de ses actes (traités, règlements, directives) et la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit constitutionnel apparaît ainsi, sans doute plus fortement que d'autres branches du droit, mais au même titre qu'elles, comme déterminant un certain contenu dans différentes matières du droit administratif (identification des autorités administratives, de leur compétence et de leurs pouvoirs ; rôle des administrations publiques ; statut de la justice administrative principalement) ; comme les autres branches du droit, il nourrit le droit administratif. Mais les autres branches du droit sont également nourries par lui. À cet égard, il n'y a pas de différences par rapport au droit constitutionnel entre, d'une part, le droit administratif et, d'autre part, le droit pénal, le droit du travail, le droit financier etc. (v. note 11). Dans leur contenu, les sources constitutionnelles du droit administratif sont sans doute plus nombreuses que pour ces autres branches. Mais en soi elles ne constituent pas le droit administratif. Or nous avons tous le sentiment, dans le prolongement du doyen Vedel, que le droit administratif trouve dans le droit constitutionnel un support. Comment le qualifier ? Pour y arriver, il faut revenir à ce qui constitue l'essentiel du droit administratif et, d'abord, de l'administration. On peut retenir la définition que Michel Fromont³⁹ propose comme étant celle qui est retenue « dans toute l'Europe », mais qui, à vrai dire, peut l'être universellement : « *l'administration publique peut être définie, dans son sens fonctionnel, comme une activité d'intérêt général exercée par des autorités publiques ou des personnes privées étroitement liées à celles-là hors des fonctions législatives et juridictionnelles. Entendue dans son sens organique, l'administration publique peut être définie comme l'ensemble des organes publics qui exercent une telle activité [...]* ». À partir de cette constatation, apparaissent les liens entre administration et Constitution, et corrélativement entre droit administratif et Constitution puisque aujourd'hui les autorités publiques (et leurs prolongements) ne se trouvent instituées qu'au sein de l'État et que celui-ci l'est lui-même par la loi fondamentale qu'est la Constitution. Celle-ci ne se borne plus à établir des organes et à régir leurs rapports (comme ce fut le cas des lois constitutionnelles de 1875 en France) : elle détermine leur rôle et la

³⁹ M. Fromont, *op. cit.*, n° 5.

manière de l'exercer, avec, plus fortement aujourd'hui qu'autrefois, les limites et les obligations découlant de la reconnaissance des droits et libertés des citoyens. À cet égard, la Constitution détermine au moins en partie, mais souvent largement, l'organisation et l'action administrative, donc le droit spécifique de cette organisation et de cette action. On pourrait dire au sens large qu'ainsi le droit constitutionnel est bien la base du droit administratif, l'assise à partir duquel il se construit. C'est ce qu'observe le professeur Cassese⁴⁰ tout en soulignant le « rapport ambigu » du droit constitutionnel et du droit administratif car « *le droit administratif dépend du droit constitutionnel, mais en même temps il le conditionne* ». « *Les organes et les procédures administratifs ont pour assise le droit constitutionnel. Les Constitutions consacrent un nombre croissant de normes à l'administration [...]. Dans un certain sens, le droit constitutionnel contient les grandes options politiques, tandis que le droit administratif porte, apparemment, sur des problèmes techniques [...], comme le monisme ou le dualisme juridictionnel, la centralisation ou la décentralisation. Dans la vie concrète des institutions, le rapport devient plus complexe. Le droit administratif apparaît comme [...] droit constitutionnel concrétisé...* ». Ces formules rejoignent celles qui voient dans le droit constitutionnel les titres de chapitre du droit administratif⁴¹. Elles soulignent bien la relation étroite qui unit les deux droits. Mais aussi elles impliquent que le droit administratif va au-delà du droit constitutionnel : en effet bien des thèmes de droit administratif (par exemple acte administratif, contrat administratif, domaine public, fonction publique, responsabilité administrative, contentieux administratif) sont autonomes par rapport au droit constitutionnel ; leur notion et leur régime sont apparus indépendamment de lui et continuent à se développer en large partie sans lui. Ils n'y trouvent pas leur fondement. C'est pourquoi, après avoir remarqué que, s'il existe « un statut constitutionnel de

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 11.

⁴¹ Par ex., H. Barthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3e éd. 1905, p. 2.

l'administration »⁴² et des solutions de droit administratif qui sont déterminées par le droit constitutionnel, on ne peut pas dire que systématiquement, dans son ensemble, le droit administratif a pour base le droit constitutionnel. Mais on peut dire avec Olivier Jouanjan⁴³ qu'il existe « un cadre constitutionnel du droit administratif ». L'expression mérite d'être retenue même si elle nécessite d'être précisée. Un cadre est d'abord une bordure entourant une glace, un tableau, et plus généralement un objet ; par extension, c'est ce qui entoure un espace ou une action ; plus largement encore, c'est ce qui à la fois structure et limite quelque chose. Un cadre peut être de grande ou de petite dimension. À l'intérieur d'un cadre, au sens propre comme au sens figuré, peuvent se trouver des éléments très variés (un tableau peut être figuratif ou non ; ses couleurs, ses formes, sa composition changent d'un peintre à l'autre ; son contenu et son inspiration peuvent provenir de différentes sources). Dans tous les cas, ils sont contraints par les limites du cadre. C'est bien en ce sens que le droit constitutionnel est le cadre du droit administratif. Il en délimite les contours (qui sont ceux de l'organisation et de l'action administrative). Mais il laisse une variété de solutions possibles quant au contenu ; celui-ci peut être nourri par des sources diversifiées, beaucoup constitutionnelles mais pour partie seulement. Ainsi le droit administratif de chaque État peut s'insérer dans le droit constitutionnel qui lui est propre. Comme l'a encore relevé le professeur Cassese (*supra*), le droit administratif varie d'un pays à l'autre. Cette variation résulte de traditions nationales. Celles-ci se retrouvent dans le système constitutionnel, qui lui-même se prolonge dans le système administratif. Chaque système constitutionnel constitue (c'est le cas de le dire) le cadre dans lequel s'insère le droit administratif : il le structure et le délimite, tout en lui laissant la possibilité de se développer avec des solutions qui lui sont propres. En conséquence, s'il n'y a pas vraiment de base constitutionnelle servant d'assise à la constitution du droit administratif, il y a partout un cadre constitutionnel du droit

⁴² P. Bon, « Peut-on parler de "pouvoir administratif" ? », in *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, *op. cit.*, p. 385, spéc. p. 391.

⁴³ Chapitre « La Constitution », in *Traité de droit administratif*, *op. cit.*, t. 1, p. 383 s., spéc. p. 395.

administratif. C'est en ce sens que peut être actualisée la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif.

2004-2014 : LES DIX ANS DE LA JURISPRUDENCE AC!¹

ÉTUDE - 2014 - FRANCE

(Juillet-Août 2014)

Anne-Charlène BEZZINA²

INDEX

1. LA CONSTRUCTION D'UN ÉDIFICE JURISPRUDENTIEL

1.1 La justification de la modulation: une théorie du bilan

1.1.1 Les éléments d'appréciation du caractère manifestement excessif de la rétroactivité de l'annulation

1.1.2 Le choix des différents « effets » de la modulation

1.2 L'évolution des cas d'application de la modulation: une irrésistible extension

1.2.1 Une rigueur de rédaction assouplie

1.2.2 Une diffusion en contradiction avec les objectifs initiaux

2. LE DÉMENTI D'UNE RÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

2.1 Une jurisprudence strictement appliquée

2.1.1 Une rigueur d'application

2.1.2 Des cas de non application elliptiques

2.2 Une adaptation de l'office du juge dans un souci de réalisme et d'efficacité

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, juillet - août 2014, 735 – 752.

² Docteur de l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

2.2.1 Des questions persistantes

2.2.2 Une évolution progressive

La date anniversaire des grandes jurisprudences est une occasion idéale pour analyser les avancées du droit administratif jurisprudentiel³.

L'année 2014 marque les dix ans de l'arrêt d'Assemblée *Association AC!* du 11 mai 2004⁴, créateur de la modulation dans le temps des effets d'une décision d'annulation contentieuse⁵. Régulièrement employée, on compte plus de 50 applications sur les 10 premières années, cette jurisprudence s'est appliquée à diverses situations juridiques. En s'installant dans le paysage du contentieux administratif, elle en a inévitablement modifié les contours. Une littérature abondante a d'ores et déjà permis de tracer les pistes de ce que pouvait

³ V., à ce titre, X. Domino, A. Bretonneau, « Jurisprudence *Danthony* : bilan après 18 mois », *AJDA* 2013. 1733; P. Frydman, « Le juge administratif et la police: anniversaire de trois "grands arrêts" : *Couitéas*, *Benjamin* et *Maspero* », *RFDA* 2013. 1001; La jurisprudence *AC!* a d'ailleurs déjà fêté deux anniversaires, v., J.-H. Stahl, « AN I ap. *AC!*: les suites de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, un an après l'arrêt *Association AC!* », *RJEG/CJEG*, 2005, p. 335 s.; v. égal., G. Pellissier, « Quatre ans d'application de la jurisprudence *Association AC!* – Une nouvelle dimension de l'office du juge », *RJEP*, n° 656, août 2008, étude n° 7.

⁴ CE, ass., 11 mai 2004, n° 255886, *Association AC!*, *Lebon* p. 197; *AJDA* 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica; *ibid.* 1049, tribune J.-C. Bonichot; *ibid.* 1219, étude F. Berguin; *ibid.* 2014. 116, chron. J.-E. Schoettl; D. 2004. 1499, et les obs.; *ibid.* 1603, chron. B. Mathieu; *ibid.* 2005. 26, obs. P.-L. Frier; *ibid.* 2187, obs. C. Willmann, J.-M. Labouz, L. Gamet et V. Antoine-Lemaire; Just. & cass. 2007. 15, étude J. Arrighi de Casanova; Dr. soc. 2004. 762, étude P. Langlois; *ibid.* 766, note X. Prétot; *RFDA* 2004. 438, note J.-H. Stahl et A. Courrèges; *ibid.* 454, concl. C. Devys.

⁵ V., O. Mamoudy « D'*AC!* à *M6* en passant par *Danthony*, 10 ans d'application de la jurisprudence *AC!* – Bilan et perspectives », *AJDA* 2014. 501; J.-E. Schoettl, « Ce fut *AC!* », *AJDA* 2014. 116.

engendrer, ou de ce que devait être, ce nouveau pouvoir de modulation, porteur à la fois d'innovations et de promesses⁶.

Sous la plume d'auteurs comme G. Braibant, « chaleureusement » relayé par G. Vedel⁷ et bien d'autres⁸, les excès de l'effet *ex tunc* de l'annulation⁹, invariable depuis l'origine du recours pour excès de pouvoir¹⁰, avaient fait naître un débat doctrinal quant à l'utilité d'un pouvoir de modulation des effets des annulations contentieuses. Si le juge a toujours tenté de prendre en considération, au prix de certains tempéraments

⁶ V., D. Connil, *L'office du juge et le temps*, Paris, Dalloz, 2010, coll. « Bibliothèque des thèses », pp. 339-419.

⁷ V., leurs interventions respectives in « Questions pour le droit administratif », AJDA 1995, p. 25 s.; B. Seiller, « L'illégalité sans l'annulation », AJDA 2004. 963; J.-H. Stahl et A. Courrèges « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse, Note à l'attention de Monsieur le président de la Section du contentieux », RFDA 2004. 438 s., spéc. 442 ; O. Dubos et F. Melleray, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », Dr. adm. 2004, étude n° 15; B. Mathieu « Le juge et la sécurité juridique : vue du Palais-Royal et du quai de l'Horloge », D. 2004. 1603 ; P. Cassia « La modulation dans le temps des effets d'une annulation et le droit communautaire », AJDA 2005. 1025; F. Dieu « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », AJDA 2006. 2428; J.-C. Bonichot « L'arrêt ACI : évolution ou révolution? », AJDA 2004. 1049; P.-L. Frier « Panorama de contentieux administratif et de responsabilité de la puissance publique », D. 2005. 26; L. Tesoka « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », AJDA 2006. 2214.

⁸ V. par ex., D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », Mélanges Guy Braibant, 1996, p. 403.

⁹ J.-H. Stahl et A. Courrèges, parlent à ce sujet « de l'alternative du « tout ou rien » qui caractérise aujourd'hui l'intervention du juge administratif, notamment dans le contentieux de l'excès de pouvoir », in « La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse, Note à l'attention de Monsieur le président de la Section du contentieux », RFDA 2004. 442, préc.

¹⁰ L'exécution de la chose jugée dans le contentieux de l'excès de pouvoir peut conduire à remettre en cause le principe d'inamovibilité des magistrats du siège. D'après R. Odent, « les choses doivent être remises en l'état exact où elles se trouveraient si l'acte annulé n'avait pas été pris », in concl. sur CE, ass., 27 mai 1949, n° 93122, *Véron-Réville*, Lebon p. 246; Gaz. Pal. 10 juin 1949.

jurisprudentiels¹¹, la déstabilisation contestable des situations juridiques nées de la rigidité de la rétroactivité, cette insatisfaction s'est accentuée au vu de la montée en puissance de la prise en compte des droits publics subjectifs des administrés¹². Les techniques de contournement de l'annulation, ajoutées à celles démontrant le souci de stabilité des situations juridiques pouvant conduire à des accommodements avec la légalité, se sont ainsi déployées dans un court laps de temps¹³. En ce sens, le juge, ne répondant plus aux seules exigences mécaniques de la légalité, s'est progressivement montré sensible à la sécurité juridique. La jurisprudence *AC!* constitue l'aboutissement de ce renouveau dans les pouvoirs du juge, résolument soucieux de la portée de l'annulation, en lui offrant celui de contenir les effets « catastrophiques »¹⁴ de la rétroactivité.

À l'origine de cet arrêt du 11 mai 2004, se trouve une question délicate qui méritait une réponse nouvelle. L'Assemblée du contentieux du Conseil d'État avait été saisie d'arrêtés portant agrément d'avenants aux conventions d'assurance chômage du 1er janvier 2001 et du 1er janvier 2004 ainsi que de leurs actes annexés. Affectés de plusieurs illégalités, ces actes encourageaient une annulation susceptible de créer un vide juridique, de lourdes incertitudes sur la situation des allocataires et des cotisants, ainsi qu'un bouleversement important du régime d'assurance chômage. Il convenait ainsi de rechercher l'équilibre entre la nécessaire annulation de l'acte vicié et ses conséquences sur les situations juridiques en cours.

¹¹ C'est le cas de la théorie du fonctionnaire de fait, CE, 5 mars 1948, n° 86937, *Marion*, Lebon p. 113, battue en brèche par le pouvoir de modulation; v., D. Bailleul, « Les nouvelles méthodes du juge administratif », *AJDA* 2004. 1626.

¹² De l'avis de A.-L. Constant, « La transformation du juge va ainsi de pair avec la reconnaissance de nouveaux droits fondamentaux aux justiciables », in « La modulation dans le temps des effets de l'annulation contentieuse », in J. Fialaire et J. Kimboo (dir) *Le nouveau droit du procès administratif - les évolutions choisies, les évolutions subies*, 2013, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », p. 133.

¹³ V., sur ces questions B. Seiller « L'illégalité sans l'annulation », *AJDA* 2004. 963 s.

¹⁴ L'expression est empruntée à J.-H. Stahl et A. Courrèges, *op. cit.*, p. 445.

L'occasion était idéale pour utiliser pour la première fois le pouvoir de modulation des effets de l'annulation ; c'est ce que fit le Conseil d'État tout en différenciant, selon les dispositions des textes, les effets des annulations prononcées. Le juge administratif venait de « franchi(r) le Rubicon »¹⁵.

Après avoir posé la première pierre d'un édifice jurisprudentiel, la décision *AC!* donna, au fil des applications, les conditions et les limites de l'application du pouvoir prétorien de modulation des effets de l'annulation¹⁶. Plusieurs auteurs avaient clairement démontré les inconvénients qu'une loi générale en la matière aurait pu induire¹⁷ et l'on ne saurait qu'abonder dans ce sens. Le caractère prudentiel du travail des juges sur les effets de leurs décisions, comme celui opéré sur l'autorité de chose jugée, paraît en effet constituer le gage d'une parfaite adaptation à leur office¹⁸. Dès la première application de ce nouveau pouvoir, il ne pouvait d'ailleurs pas être fait grief au juge de ne pas en avoir clairement fixé

¹⁵ D'après l'expression de P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir: humble adresse aux magistrats ayant franchi le Rubicon », D. 2005. 247.

¹⁶ Pour D. Connil « Le juge administratif s'attache à procéder à une appréciation concrète pour que son appréhension des raisons justifiant la modulation soit la plus réaliste possible. Mais c'est bien la combinaison de différents paramètres qui permet au juge de décider de la mise en œuvre de son pouvoir de modulation. Ces critères ne relèvent donc pas d'une approche systématique mais doivent au contraire laisser place à une approche concrète et casuistique », in *L'office du juge et le temps*, *op. cit.*, p. 398.

¹⁷ V., les propos de J.-H. Stahl et A. Courrèges, « On ne peut toutefois ignorer les inconvénients que pourrait comporter une intervention du législateur », in RFDA 2004. 447; v., en sens contraire, O. Dubos et F. Melleray, « La modulation dans le temps des effets ... », *op. cit.*, pt 3.

¹⁸ V., sur cette question, le dossier consacré à la modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse: H. Labayle, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres mœurs ? », RFDA 2004. 663 ; O. Jouanjan, « La modulation des effets des décisions des juridictions constitutionnelle et administratives en droit allemand », RFDA 2004. 676; P. Bon, « Le cas de l'Espagne », RFDA 2004. 690; P. Bon, « Le cas du Portugal », RFDA 2004. 696; Th. Di Manno, « La modulation des effets dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne », RFDA 2004. 700.

les contours au vu de la richesse et de l'extrême précision du considérant de principe. Ce dernier énonce que, bien qu'en principe l'acte annulé soit censé n'être jamais intervenu, le juge administratif pourra envisager, de manière exceptionnelle, lorsque les conséquences de la rétroactivité lui apparaissent excessives, un travail sur les effets de l'annulation de l'acte. Ces termes riches, augmentés des conclusions du commissaire du gouvernement Ch. Devys dont on pouvait se demander si elles « ne sont pas empruntées à un ouvrage de doctrine (...), plutôt qu'extraites d'une décision de justice »¹⁹, donnaient déjà toutes les précisions utiles à l'analyse de la nouvelle jurisprudence.

Mais une fois la règle en place, il restait à se nourrir des leçons de son application. Le raisonnement du juge, consistant à choisir entre les effets différés ou les effets *ex nunc*, voire entre un couplage des deux, était subordonné au constat du caractère excessif de la rétroactivité. C'est dans la mesure de cet excès qu'allait se situer la subtilité de l'application de la jurisprudence *AC!*. La réponse du considérant de principe se voulait claire: c'est au regard du nombre d'actes susceptibles d'être remis en cause ainsi qu'au vu de l'intérêt général qui pourrait s'attacher à une limitation des effets de l'annulation, si toutefois cette limitation n'entrave pas excessivement le principe de légalité et le droit au recours, que le juge usera de son pouvoir. L'univers des possibles n'était qu'abstraitement déterminé pour incarner des termes tels que: légalité, contradictoire, droit au recours, modulation, mais encore et surtout, effet excessif²⁰. Ces objectifs ne semblaient pas avoir été si précisément déterminés dès l'origine: assurer la stabilité des situations juridiques en pointant les effets excessifs d'une annulation laissait en effet une place substantielle à l'interprétation du juge. L'objectifs est ainsi multiplié en autant d'intérêts généraux retenus

¹⁹ R. Chapus, « Georges Vedel et l'actualité d'une "notion fonctionnelle" : l'intérêt d'une bonne administration de la justice », RD publ. n° 1, 2003, pp. 3-17.

²⁰ C'est ce que remarquent C. Landais et F. Lenica, pour qui l'une des interrogations « concerne le mode d'emploi de cette avancée jurisprudentielle, que l'Assemblée du contentieux n'a pas rédigé dans le détail » in « La modulation des effets dans le temps d'une annulation pour excès de pouvoir », AJDA 2004. 1183 s.

dans chaque espèce, érodant lentement mais sûrement le caractère initialement affirmé comme exceptionnel de la modulation.

Le caractère exceptionnel doit être compris au sens littéral comme « ce qui fait exception à la règle générale »²¹. La règle générale étant assurément celle de la rétroactivité, on ne peut considérer toutefois que l'exceptionnalité soit conçue comme une faible fréquence statistique. Au contraire, il semble que la modulation des effets dans le temps remplisse ses objectifs parce qu'elle est entrée dans la riche panoplie des techniques du juge administratif dont il use avec la circonspection qui s'impose dans l'usage de telles constructions prétoriennes²². En ce sens, il est important de prendre en compte, au même titre, le nombre d'applications de la jurisprudence et le nombre de refus d'exercer ce pouvoir. Il apparaît que le juge respecte la fermeté originelle de la modulation des effets dans le temps en appréciant strictement les situations juridiques en cause. Le caractère exceptionnel est ainsi entendu comme une rigueur que le juge s'impose et qui lui permet d'éviter d'offrir un paravent aux erreurs de l'administration.

Les dix ans de la jurisprudence sont l'occasion de mesurer comment le juge a usé de ce pouvoir de modulation mais également de vérifier si une telle innovation a répondu à tous ses objectifs. Significatif de l'équilibre à trouver entre le principe de légalité et celui

²¹ D'après le *Dictionnaire de l'Académie*, le terme est « emprunté au latin *exceptio* "restriction, réserve", conçu comme ce qui échappe au cas général, à la règle commune » 9e éd., CNTRL, disponible en ligne.

²² V. par ex., l'usage parcimonieux des moyens d'ordre public par le juge administratif, J.-H. Stahl, actua. A. Béal, Fascicule n° 1086: « Moyens et conclusions », JCP Adm. 8 janv. 2010.

de sécurité juridique²³, ce pouvoir de modulation devait ainsi démontrer dans quels cas l'un des deux principes serait privilégié par rapport à l'autre²⁴.

Les objectifs initiaux, consistant à favoriser la stabilité des situations juridiques dans une mesure exceptionnelle et au regard d'une balance des intérêts publics en présence, ont été indéniablement remplis. Mais la jurisprudence, qui cristallisait plusieurs attentes, en a également créé de nouvelles²⁵ en élargissant son domaine d'application à d'autres actes, d'autres moyens, d'autres contentieux ou encore d'autres juges que ceux visés dans l'espèce du 11 mai 2004²⁶. L'application du pouvoir de modulation a aussi révélé divers intérêts

²³ Sur cette lutte entre les deux principes, on peut retenir la formule de M. Guyomar, pour qui cela « illustre le réalisme du juge administratif qui sait que les nécessités pratiques doivent, dans une certaine mesure, pouvoir tempérer la rigueur des principes » in « L'application de la jurisprudence *Association AC!* à l'annulation d'une décision individuelle », concl. sur CE, 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire*, Lebon p. 471; *AJDA* 2008. 638 s., concl. M. Guyomar; *ibid.* 2007. 2407; *D.* 2008. 1457, note P.-O. Caille; *AJFP* 2008. 172, note R. Gueguen; il s'agit là d'« un véritable exercice de pesée auquel doit se livrer le juge administratif », in J. Guez, « Portée et limites du pouvoir jurisprudentiel de modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses », *LPA*, 5 août 2005, n° 155, p. 7. On adhère également aux propos de O. Dubos et F. Melleray suivant lesquels « Au-delà de la sémantique, le raisonnement est lui-même d'apparence circonspecte », in « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif », *Dr. adm.* n° 8, août 2004, *Étude* 15, pt 45.

²⁴ V. à ce sujet, D. Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », in *Mélanges en l'honneur de G. Braibant, L'État de droit*, Paris, Dalloz-Sirey, 1996, p. 411 s.; F. Bottini, « La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulations contentieuses », *RD publ.* 2009. 1517.

²⁵ Suivant C. Landais et F. Lenica, « Trois objectifs, qui se recoupent parfois largement, paraissent alors le guider: rendre des décisions qui puissent être aisément exécutées, éviter que ces décisions soient excessivement déstabilisatrices pour les situations juridiques constituées et, enfin, concilier efficacité de la justice et intérêt général », *op. cit.* *AJDA* 2004. 1184.

²⁶ Ne seront étudiées ici que les décisions du Conseil d'État. Néanmoins, la modulation des effets dans le temps n'est pas le seul apanage du Haut Conseil. M. Touzeil-Divina dénombrait en 2012, 39 jugements de tribunaux administratifs ayant opéré une modulation et 58 arrêts de cours administratives d'appel et du Conseil d'État

publics pris en compte dans la balance des effets excessifs de l'annulation rétroactive. De même, elle a répondu à l'appréciation du nombre d'actes ou d'actions déstabilisés par la disparition de l'acte *ab initio*. Au nombre des objectifs de la jurisprudence, il convient de prendre également en compte celui de rendre plus exceptionnel le recours aux lois de validation afin de confier directement au juge le soin de s'occuper de l'effet de ses décisions.

La jurisprudence *AC!* n'a sûrement pas rempli toutes les promesses qu'elle avait fait naître. La question du rapprochement du contentieux de l'excès de pouvoir et du plein contentieux, autant que celle de l'application indirecte de la modulation de l'effet de la décision à l'exception d'illégalité du règlement mais aussi celle de l'engagement de la responsabilité de la puissance publique associée à cette question, sont restées sans réponses directes. Il n'est ainsi pas certain que le juge administratif ait souhaité faire de cette évolution une révolution et l'on peut douter que cette modernisation de son office l'ait conduit réellement à en repenser les contours²⁷. Au contraire, au vu des dix ans d'exercice de la jurisprudence, il est possible d'affirmer que le juge est resté rigoureux dans l'appréciation de la nécessité d'user du pouvoir de modulation.

Les objectifs initiaux de la jurisprudence sont remplis autant qu'ils ont été réadaptés. Après une décennie, l'édifice jurisprudentiel de la modulation des effets dans le temps de la décision est solidement construit mais il n'a pas conduit à la réformation de l'office du juge tant cette jurisprudence est strictement appliquée.

1. LA CONSTRUCTION D'UN ÉDIFICE JURISPRUDENTIEL

confondus, in « Maîtrise ou "*masterisation*" du temps et des effets contentieux », JCP act., n° 28, 16 juill. 2012, p. 2254.

²⁷ D'après l'article de J.-C. Bonichot, « L'arrêt *AC!* : évolution ou révolution? », AJDA 2004. 1049, préc.

L'intérêt de l'étude des applications de la jurisprudence consiste en la recherche des éléments structurant le raisonnement du juge et en leur mise en balance au cas par cas. Le juge veille en effet à être mesuré quant à la détermination du niveau de gravité de la situation lui permettant d'user de son pouvoir. Il a créé en ce sens un raisonnement à part entière susceptible de justifier l'usage de la modulation. La détermination du caractère manifestement excessif de l'effet rétroactif révèle l'importante marge d'appréciation qui lui est laissée, au point qu'une réelle extension de la modulation peut être constatée.

1.1 La justification de la modulation: une théorie du bilan

La jurisprudence *AC!* consiste en une nouvelle forme de contrôle de proportionnalité²⁸. La comparaison est aisée avec la théorie du bilan tirée du droit de l'expropriation²⁹ mais une telle recherche des effets manifestement excessifs de la rétroactivité fait aussi directement appel à l'erreur manifeste d'appréciation.

Pour la modulation, le bilan coût avantage est double³⁰. Deux étapes essentielles marquent le bilan de proportionnalité d'*AC!* : la détermination des intérêts susceptibles d'être affectés par la rétroactivité et le choix de l'effet dans le temps de la modulation.

²⁸ V., à ce propos, G. Braibant, « Le principe de proportionnalité », in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974; J. Merkhantar, « Le contrôle juridictionnel de la proportionnalité dans l'action administrative unilatérale », ANRT Lille, 1990.

²⁹ CE, ass., 28 mai 1971, n° 78825, *Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »*, Lebon p. 409; AJDA 1971. 405.

³⁰ Ch. Guettier, « Chronique de jurisprudence administrative 2004 », RD publ., 1er mars 2005, n° 2, p. 493.

1.1.1 Les éléments d'appréciation du caractère manifestement excessif de la rétroactivité de l'annulation

Dans le cadre d'un premier bilan, le juge évalue les conséquences de la rétroactivité sur les situations non définitives créées sur le fondement de l'acte annulé et prend également en compte le vide juridique qu'engendrerait cette annulation³¹. Aussi, le considérant de principe précise les éléments utiles parmi lesquels le nombre d'actes déstabilisés et les intérêts publics ou privés affectés.

Le nombre d'actes susceptibles d'être remis en cause: un élément insuffisant

L'opération d'évaluation est en réalité une mise en balance de la nécessité de sacrifier la rétroactivité de l'annulation à travers l'évaluation des inconvénients qu'entraînerait l'usage de la modulation de ses effets. C'est le cas de la décision du 21 décembre 2006³² pour laquelle le Conseil d'État avait annulé le décret de nomination au Conseil supérieur de la fonction publique du fait de sa composition irrégulière, ce qui l'avait conduit à limiter les effets de la rétroactivité au vu du nombre d'actes que le Conseil avait déjà jugés. Dans le même sens et dans une autre espèce, le juge avait considéré l'« atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public de la justice » du fait du nombre d'affaires instruites par les pôles d'instruction, pour justifier un délai de quatre mois avant l'annulation ainsi que la validation des effets antérieurs de l'acte qui remettait en cause

³¹ D'après les termes de F. Dieu, « Le premier bilan coût/avantages porte sur l'opportunité de faire usage de ce pouvoir de modulation (...). L'annulation rétroactive doit en particulier emporter des conséquences manifestement excessives sur les situations juridiques non définitives, (...) ou sur la situation juridique créée par l'annulation, c'est-à-dire la disparition d'un acte administratif de l'ordonnement juridique », in « La modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier principe de légalité et principe de sécurité juridique », AJDA 2006. 2428, préc.

³² CE, 21 déc. 2006, n° 287812, *Union syndicale solidaire fonctions publiques et assimilés*, Lebon p. 576; AJDA 2007. 7; AJFP 2007. 90, et les obs.

leur composition³³. Dans une décision du 13 janvier 2010³⁴, ont été prises en compte à la fois la remise en cause de nombreux actes individuels signés par des autorités incompétentes et la privation de base légale de toutes les décisions prises par l'instance irrégulièrement composée, qu'entraînait l'annulation rétroactive. Ce faisant, le juge a validé les effets antérieurs du décret. Dans une affaire jugée le 23 décembre 2011³⁵, l'omission d'une formalité substantielle avait affecté le décret attaqué et était de nature à remettre en cause de nombreux actes « individuels et contractuels pris sur le fondement de ses dispositions », justifiant par là-même un effet différé de l'annulation. Le cas de la décision du 28 mars 2012 est également assez proche dans la mesure où le juge y a reconnu que l'annulation d'une décision était susceptible d'affecter « la légalité des nombreuses décisions individuelles prises »³⁶. Pour différer une annulation, le juge peut également faire appel « aux graves incertitudes quant à la rémunération des salariés » que l'annulation rétroactive d'un arrêté est susceptible de provoquer³⁷, se référer au nombre de recours susceptibles d'être engagés, mais encore s'atteler à la continuité du dispositif législatif³⁸. Le Conseil d'État est également

³³ CE, 19 déc. 2008, n° 312553, *Kierzkowski-Chatal*, Lebon p. 467; AJDA 2008. 2427; D. 2009. 103.

³⁴ CE, 13 janv. 2010, n° 305944, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, AJDA 2010. 1222.

³⁵ CE, 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthy*, Lebon p. 649; AJDA 2012. 7; *ibid.* 195, chron. X. Domino et A. Bretonneau; *ibid.* 1484, étude C. Mialot; D. 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; AJDI 2014. 16, étude S. Gilbert; RFDA 2012. 284, concl. G. Dumortier; *ibid.* 296, note P. Cassia; *ibid.* 423, étude R. Hostiou; GAJA, 19e éd., 2013, p. 965.

³⁶ CE, 28 mars 2012, n° 341067, *Confédération générale des petites et moyennes entreprises*, Lebon T. p. 536; AJDA 2012. 677.

³⁷ CE, 15 mai 2013, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, à mentionner aux Tables du Lebon; AJDA 2013. 1876, note D. Connil.

³⁸ CE, 17 déc. 2010, nos 310195, 310543 et 310547, SFIB, *Association UFC Que Choisir et autres et SA Rue du Commerce*, Lebon T. p. 927; AJDA 2011. 854, note O. Bui-Xuan; *ibid.* 2010. 2460; CE, 17 juin 2011, n° 324816,

sensible aux demandes de remboursement en chaînes qui peuvent résulter d'une annulation³⁹. Son extrême pragmatisme dans la détermination des actes et des situations non définitives mises en cause peut enfin l'amener à détailler dans sa motivation les inconvénients qu'entraînerait l'annulation rétroactive. Ainsi, il s'est référé au caractère peu satisfaisant qu'entraînerait le retour à la réglementation antérieure rendant incomplète la formation de maîtres déjà en exercice du fait de l'annulation rétroactive⁴⁰.

Les intérêts affectés par les conséquences de la rétroactivité de l'annulation : élément central de la motivation

Au titre des intérêts publics pris en compte par le Conseil d'État et susceptibles d'être considérés comme excessivement atteints par les effets rétroactifs de l'annulation, deux types d'impératifs l'emportent. Il s'agit du respect du droit communautaire et de la continuité du service public. La plupart des autres intérêts publics ou privés visés sont marginalement utilisés, démontrant ainsi la rigueur du juge dans le choix de la modulation.

La place primordiale du droit de l'Union

L'importance du droit de l'Union au titre des intérêts publics visés a été mise en lumière dès la première espèce appliquant les pouvoirs de modulation. Deux situations

Canal+ Distribution, Canal+ Terminaux, Motorola SAS, Simavelec, Société Rue du commerce, Lebon p. 296; D. 2011. 1678, obs. C. de presse; *ibid.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli; RTD eur. 2011. 888, obs. D. Ritleng.

³⁹ CE, ss-sect., 14 mai 2014, n° 355924, consid. 7, *Fédération UNSA spectacle et communication*, à mentionner aux Tables du Lebon.

⁴⁰ CE, 1er juin 2012, n° 341775, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, Syndicat national des enseignements du second degré, Syndicat national de l'enseignement supérieur-FSU, Association Sauvons l'université*, AJDA 2012. 1088.

méritent encore d'y être distinguées. L'acte peut s'avérer contraire au droit de l'Union ou bien l'acte contribue à répondre aux impératifs du droit de l'Union.

Dans la première situation – où l'acte s'avérerait contraire au droit de l'Union – le juge serait conduit, en appliquant le pouvoir de modulation, à valider les effets de cette contrariété pour un temps donné. Il privilégierait ainsi la sécurité juridique au principe de légalité au point de se heurter à l'impératif de primauté du droit de l'Union.

Dans un premier cas d'espèce, le 5^e alinéa de l'article 3 du code des marchés avait été déclaré contraire à la directive du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Il était ainsi nécessaire de déterminer si l'usage de la limitation des effets de l'annulation pouvait être justifié dans le cas d'un acte directement contraire au droit de l'Union, ce qui semblait compromis au vu du principe de primauté et de l'obligation faite aux juges nationaux d'écarter les normes contraires au droit de l'Union⁴¹. Malgré le sens de ces jurisprudences communautaires, le commissaire du gouvernement n'a pas rejeté le principe d'une modulation, et le Conseil d'État a suivi cette voie en soulevant d'office la question des conséquences de l'annulation même s'il n'a finalement pas estimé nécessaire d'appliquer la modulation en l'espèce⁴². Cette hypothèse a

⁴¹ CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c/ SA Simmenthal* ; l'État étant par ailleurs responsable du fait de l'action des juges nationaux, CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Gerhard Köbler c/ Autriche*, AJDA 2003. 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 423, étude J. Courtial ; D. 2003. 2546, et les obs. ; RSC 2004. 178, chron. L. Idot.

⁴² CE, 23 févr. 2005, n° 264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, Lebon p. 7 ; AJDA 2005. 668, note J.-D. Dreyfus ; RFDA 2005. 483, concl. D. Casas ; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng.

été ouvertement critiquée en ce qu'elle affaiblirait la primauté du droit de l'Union⁴³. Depuis lors, le Conseil d'État n'y a d'ailleurs pas eu recours.

Pourtant, il est possible de nuancer l'ineffectivité pratique de cette hypothèse par l'étude du cas fort spécifique, de la jurisprudence *Techna* de 2005⁴⁴. En l'espèce, le décret attaqué – suspendu en référé par une précédente décision⁴⁵ – contribuait à transposer une directive⁴⁶. En rejetant les moyens invoqués sur le fond, le juge aurait remis en vigueur l'acte sans permettre de période de transition à son application, alors même que le décret le prévoyait. Le commissaire du gouvernement proposa au Conseil d'État d'envisager lui-même cette période transitoire en différant dans le temps l'effet de sa décision de rejet⁴⁷. Mais l'usage de la jurisprudence *AC!* était susceptible de contribuer à retarder à nouveau la transposition de la directive et, partant, de se heurter au principe de primauté du droit de l'Union. Le Conseil d'État a finalement différé dans le temps les effets de sa décision de rejet

⁴³ Pour P. Cassia, la jurisprudence « aurait pour effet de porter atteinte non seulement au principe d'effectivité, (...) mais encore à l'exigence d'uniformité d'application du droit communautaire », », AJDA 2005. 1025 .

⁴⁴ CE, 29 oct. 2003, n° 260768, *Société Techna SA*, Lebon p. 422 ; AJDA 2004. 540, note A.-E. Courrier ; D. 2005. 34 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 859, chron. A. Louvaris ; RTD eur. 2004. 333, chron. D. Ritleng ; *ibid.* 363, chron. J. Dutheil de La Rochère, N. Grief et E. Saulnier.

⁴⁵ CE, 29 oct. 2003, nos 260768, 261033 et 261034, Lebon p. 422 ; AJDA 2004. 540, note A.-E. Courrier ; D. 2005. 34 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 859, chron. A. Louvaris ; RTD eur. 2004. 333, chron. D. Ritleng ; *ibid.* 363, chron. J. Dutheil de La Rochère, N. Grief et E. Saulnier.

⁴⁶ Dir. du 28 janv. 2002 relative à l'étiquetage des produits.

⁴⁷ V., concl. D. 2007. 273.

sur le fondement du principe de sécurité juridique « reconnu tant en droit national qu'en droit communautaire »⁴⁸.

Il convient de préciser que, les circonstances de l'espèce étant particulières et la contrariété au droit communautaire indirectement due aux effets de la décision, celle-ci n'infirmes pas le caractère hautement hypothétique d'une application du pouvoir de modulation en cas de contrariété de l'acte au droit de l'Union. Une affaire du 28 mai 2014 vient d'ailleurs nuancer l'hypothèse d'une application de la jurisprudence *AC!* dans ces circonstances et dans un cas particulier. Le Conseil d'État a précisé qu'il n'entendait pas faire application de son pouvoir de modulation quant à un acte contraire au droit de l'Union dès lors que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a elle-même refusé de faire usage de ce pouvoir dans sa décision d'interprétation rendue sur le même acte⁴⁹.

La deuxième situation – un acte qui contribuait à répondre aux impératifs du droit de l'Union – a été rencontrée par le Conseil d'État à deux reprises.

Toujours en 2005, dans l'affaire *France Télécom*⁵⁰, le Conseil d'État a eu à appliquer son pouvoir de modulation de manière à respecter les obligations de la France face au droit de l'Union. En l'espèce, le règlement communautaire du 18 décembre 2000 relatif au dégroupage de l'accès à la boucle locale imposait aux opérateurs historiques dans le secteur des télécommunications l'ouverture de l'accès aux opérateurs concurrents à des tarifs liés au coût de cette prestation de dégroupage. Pour la France, une décision du 16 avril 2002 de

⁴⁸ CE, 29 oct. 2003, n° 260768, *Société Techna SA*, préc., Lebon p. 422. V., C. Landais et F. Lénica, AJDA 2006. 2385 s.

⁴⁹ CE, 28 mai 2014, n° 324852, *Association Vent de colère ! Fédération nationale et autres*, à paraître au Lebon; RFDA 2014. 783, concl. C. Legras; AJDA 2014. 1127.

⁵⁰ CE, sect., 25 févr. 2005, n° 247866, *France Telecom*, Lebon p. 86; AJDA 2005. 997, chron. C. Landais et F. Lénica; RFDA 2005. 802, concl. E. Prada-Bordenave; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng.

l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) précisant les tarifs du dégroupage avait été annulée pour vice de forme. Cette annulation était susceptible d'avoir de lourdes conséquences puisque la mise en œuvre de la concurrence sur le marché des télécommunications, impulsée par le droit communautaire, en dépendait. Il paraissait dès lors certain qu'un recours en manquement pourrait être intenté contre la France. Le Conseil d'État⁵¹ valida les effets de l'acte pour le passé et laissa un délai de deux mois à l'ART pour prendre un acte régulier⁵². Il s'est ainsi montré soucieux d'apporter lui-même une solution directe au manquement qu'était susceptible d'engendrer l'annulation de l'acte au regard du droit communautaire.

La portée de cette décision s'est confirmée dans une décision du 24 juillet 2009⁵³. Le juge avait à se prononcer sur la question inédite de savoir si l'objectif de transposition des directives pouvait être de nature à justifier la modulation de l'annulation. En l'espèce, des décrets avaient pour objet de transposer la directive du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés (OGM). Quelques mois auparavant, le Conseil constitutionnel, au sujet de la loi OGM⁵⁴, avait décidé de reporter les effets de l'inconstitutionnalité déclarée afin de permettre au législateur de procéder à la

⁵¹ Ne suivant pas les conclusions d'E. Prada-Bordenave, RFDA 2005. 808.

⁵² C'est l'avis de C. Landais et F. Lénica, AJDA 2005. 999 s.

⁵³ CE, 24 juill. 2009, n° 305314 et 305315, *Comité de recherche et d'information indépendantes sur le génie génétique CRII-GEN*, Lebon p. 294 ; AJDA 2009. 1516, obs. S. Brondel; *ibid.* 1818, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi; D. 2010. 2468, obs. F. G. Trébulle; RFDA 2009. 963, concl. E. Geffray; *ibid.* 1269, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier; Constitutions 2010. 117, obs. O. Le Bot; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

⁵⁴ Cons. const., 19 juin 2008, n° 2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés (OGM)*, Rec. Cons. const. p. 313, AJDA 2008. 1232; *ibid.* 1614, note O. Dord; D. 2009. 1852, obs. V. Bernaud et L. Gay; *ibid.* 2448, obs. F. G. Trébulle; RFDA 2008. 1233, chron. A. Roblot-Troizier et T. Rambaud; Constitutions 2010. 56, obs. A. Levade; *ibid.* 139, obs. Y. Aguila; *ibid.* 307, obs. Y. Aguila.

régularisation de l'in- compétence négative constatée sans que l'obligation de transpo- sition des directives se trouve méconnue. Le Conseil d'État a suivi cette même voie⁵⁵ en différant au 1er janvier 2010 l'annu- lation des décrets afin de permettre au gouvernement de prendre les mesures nécessaires.

Le principe de continuité du service public et la sécurité des situations juridiques

La continuité du service public est également régulièrement mobilisée par le juge. Il fait tantôt appel à « la continuité du ser- vice public »⁵⁶ en général, tantôt, de manière plus précise, à celle du « service public de l'éducation »⁵⁷ ou encore à « la continuité du fonctionnement du service public de l'électricité et du gaz et de l'éclairage public »⁵⁸. Le seul fonctionnement du service peut également être visé⁵⁹. Il arrive que le juge administratif s'attelle à préserver la concurrence de nouveaux services sur un marché ou à ne pas entraver leur création⁶⁰. La préservation de la conti- nuité du service public peut être enrichie par une référence à la continuité dans l'exercice des compétences et la sécurité juri- dique des personnels⁶¹.

⁵⁵ E. Geffray, Concl. RFDA 2009. 963, spéc., 971.

⁵⁶ CE, 23 déc. 2011, n° 335033, préc.

⁵⁷ CE, 1er juin 2012, n° 341775, préc.

⁵⁸ CE, 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon T. p. 642; AJDA 2009. 1522.

⁵⁹ CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc.

⁶⁰ CE, sect., 25 fév. 2005, n° 247866, préc.; v. égal., CE, 5 mars 2008, n° 286273, préc.

⁶¹ CE, 16 mai 2008, n° 290416, *Département du Val-de-Marne*, Lebon T. p. 883 ; AJDA 2008. 965 ; *ibid.* 1504, note F. Crouzatier-Durand ; AJFP 2008. 228, note F. Berguin.

La continuité du service public s'intègre ainsi dans le souci plus général de préserver une sécurité juridique des situations passées au titre desquelles on peut rencontrer d'autres intérêts publics. En ce sens, il convient de signaler l'application isolée mais topique de la jurisprudence dans laquelle le juge prend en compte le principe de « sécurité juridique » eu égard au grand nombre de contrats en cause pris en application du décret attaqué⁶². Le Conseil a plus précisément justifié une limitation des effets par les risques « d'insécurité juridique et financière » qu'elle entraîne-rait⁶³. Fréquemment, le juge peut également privilégier la continuité d'un dispositif législatif dont les actes administratifs assurent la mise en œuvre. Ainsi en est-il du dispositif de copie privée⁶⁴ ou encore de la nécessité de prévoir l'existence de dispositions de nature à assurer la continuité d'un intérêt public⁶⁵.

⁶² CE, 10 févr. 2010, n° 329100, *Perez, Lebon* p. 17; *AJDA* 2010. 239; *ibid.* 561, note J.-D. Dreyfus ; *ibid.* 596, chron. S. Nicinski, P.-A. Jeanneney et E. Glaser ; D. 2010. 506, et les obs.; *Constitutions* 2010. 410, obs. P. De Baecke; *RTD eur.* 2010. 975, chron. D. Ritleng, J.-P. Kovar et A. Bouveresse.

⁶³ CE, ss-sect. réunies, 14 mai 2014, n° 355924, préc.

⁶⁴ CE, 17 déc. 2010, *SIMAVELEC*, n° 315832, préc.

⁶⁵ CE, 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, *Lebon* p. 142 ; *AJDA* 2012. 735 ; *ibid.* 936 ; *ibid.* 729, tribune Y. Aguila, chron. X. Domino et A. Bretonneau; *ibid.* 2014. 125, chron. T.-X. Girardot; D. 2012. 1712, note B. Bonnet; *ibid.* 2013. 324, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; *AJDI* 2013. 489, étude F. Zitouni; Dr. soc. 2012. 1014, étude J.-F. Akandji-Kombé; *RFDA* 2012. 547, concl. G. Dumortier; *ibid.* 560, note M. Gautier; *ibid.* 961, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci; *RDSS* 2012. 940, note S. Biagini-Girard; *Constitutions* 2012. 297, obs. A. Levade; *Rev. crit. DIP* 2013. 133, note F. Jault-Seseke ; *RTD civ.* 2012. 487, obs. P. Deumier ; *RTD eur.* 2012. 928, obs. D. Ritleng.

Le Conseil d'État a visé dans une récente décision l'atteinte portée à l'ordre public économique du fait de l'annulation rétroactive d'une décision de l'Autorité de la concurrence quant à une opération de concentration⁶⁶.

La place marginale des autres intérêts publics ou privés

Il est important de souligner que les intérêts publics ou privés utilisés par le juge sont en nombre limité et l'on se rend compte ainsi de son extrême prudence dans le cadre de l'usage du pouvoir de modulation. Il a ainsi été amené à rejeter la prise en compte de certains intérêts publics au titre de la modulation, laissant entendre que ces derniers n'étaient pas suffisants. Un intérêt financier, même majeur, ne peut pas consister en un intérêt public suffisant pour justifier une loi de validation⁶⁷. Dès 2008, le Conseil d'État a considéré que « la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques » ne pouvait emporter la modulation⁶⁸. Il rejette également tout usage de ce pouvoir pour « la seule (...) incidence négative pour l'économie du

⁶⁶ CE, ass., 23 déc. 2013, n° 363702, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1 (TF1)*, Lebon p. 322; AJDA 2014. 4.

⁶⁷ V., Cons. const., 29 déc. 2005, n° 2005-531 DC, *Loi de finances rectificative pour 2005*, AJDA 2006. 13; RFDA 2006. 497, note M. Disant; La CJCE rejette également qu'un intérêt financier puisse justifier son pouvoir de modulation, v., CJCE, 19 oct. 1995, aff. C-137/94, *Richardson*, Dr. soc. 1997. 397, chron. Sean Van Raepenbusch; *ibid.* 510, chron. Sean Van Raepenbusch; C'est également le cas des difficultés administratives, CJCE, 12 oct. 2000, aff. 03728/98, *Cooke*.

⁶⁸ CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audio- visuels électroniques c/ Société Sorecop c/ Société Copie France*, Lebon p. 263; AJDA 2008. 1414; D. 2008. 2074, obs. S. Lavric; *ibid.* 2009. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; RTD com. 2008. 747, obs. F. Pollaud-Dulian; CE, 17 juin 2011, n° 324816, préc.

système » ou les complications qu'elle induirait⁶⁹. Le juge administratif s'est directement inspiré du contrôle de constitutionnalité des lois de validation⁷⁰.

1.1.2 Le choix des différents « effets » de la modulation

Dans une seconde étape de son bilan – ou un second bilan –, le juge, après avoir acquis la certitude de recourir à la modulation sur la base des éléments d'une première épreuve de proportionnalité, doit encore choisir l'effet dans le temps le plus adéquat. Rappelons que la jurisprudence *AC!* n'a pas offert au juge la seule possibilité de différer son annulation pour l'avenir, il lui a donné la triple possibilité de valider les effets passés de l'acte, de différer les effets de son annulation, mais également de coupler ces deux effets pour un même acte. Ces outils s'ajoutent à la possibilité classique de l'annulation rétroactive de l'acte et au choix – très rare – de moduler l'annulation pour le passé.

La rédaction du considérant de principe dépend de l'effet dans le temps choisi⁷¹.

Dans le cas où l'effet de l'annulation est différé – c'est le cas le plus fréquent – le juge administratif se réfère à la gravité de la rétroactivité de l'annulation⁷² ou à l'insatisfaction causée par le retour à la situation antérieurement en vigueur⁷³. Il exerce un

⁶⁹ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

⁷⁰ C'est l'avis de D. Chabanol, pour qui cette jurisprudence « n'est pas sans rappeler celle qui préside à l'examen des validations législatives », in *La pratique du contentieux administratif*, 10e éd., 2013, Litec, p. 750.

⁷¹ G. Pellissier, « Quatre ans... », *op. cit.*, pt 7.

⁷² CE, 25 févr. 2005, n° 247866, préc.

⁷³ CE, 11 juill. 2008, n° 298779, préc.; v., égal., CE, 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJ 12, Société Télévision française 1*, Lebon p. 71, concl. T. Olson.

contrôle sur la situation antérieure à l'entrée en vigueur de l'acte et peut être amené à la confronter au droit de l'Union ou aux situations individuelles prises sur son fondement. Ainsi, dans la décision du 11 juillet 2007, l'accent est mis sur le trouble causé par le retour à la situation antérieure et le juge prend en compte les risques de contentieux en chaîne et la situation des particuliers⁷⁴. Il est de même précisé explicitement dans la décision du 1er juin 2012⁷⁵ que « la remise en vigueur immédiate (...) aurait pour effet » de remettre en cause la situation des professeurs de l'enseignement secondaire en fonction. Cette insatisfaction liée à la situation juridique antérieure peut également résulter du fait que l'annulation de la décision prive ainsi de base légale « de nombreux actes individuels et contractuels »⁷⁶.

Le juge peut également inciter directement les pouvoirs publics à agir pour prévoir une nouvelle réglementation⁷⁷. Il est par ailleurs fréquemment fait référence à l'intérêt général attaché à l'existence de dispositions législatives garantissant les situations juridiques dans un domaine particulier, afin de préciser qu'il appartient à l'autorité compétente de prendre les mêmes dispositions corrigées après qu'un effet différé a été associé à l'annulation⁷⁸. L'accent est alors porté sur le risque posé par le vide juridique⁷⁹.

⁷⁴ CE, n° 298779, préc.; v. égal., CE, 17 juin 2011, n° 324816, préc.

⁷⁵ CE, n° 341775, préc.

⁷⁶ CE, 13 janv. 2010, n° 305944, préc.; v. égal., CE, 23 déc. 2011, n° 335033, préc.; v. dans le même sens au sujet de nombreux contrats, CE, 10 févr. 2010, n° 329100, préc.

⁷⁷ CE, 16 mai 2008, *Département du Val-de-Marne*, préc., nos 290416, 290723, 290766 et 294677.

⁷⁸ V. par ex., CE, 3 mars 2009, n° 314792, *Association française contre les myopathies*, Lebon p. 69; AJDA 2009. 461; CE, 29 août 2008, n° 305314, préc.; CE, 28 mars 2012, n° 330548, *Société Direct Energie*, Lebon p. 130 ; AJDA 2012. 1146, chron. M. Lombard, S. Nicinski et E. Glaser ; RTD com. 2012. 733, obs. G. Orsoni.

⁷⁹ CE, 11 avr. 2012, n° 322326.

À ce stade, le juge doit également évaluer l'intérêt public qui s'attache à un maintien temporaire des effets de l'acte. Cette référence devrait le conduire à justifier le maintien des effets dans l'avenir lorsqu'il diffère son annulation. Pourtant dans la majeure partie des espèces concernées, il ne justifie pas le délai par un intérêt public⁸⁰.

Concernant le choix du délai de modulation des effets, il se déploie dans un temps relativement court. Le juge administratif peut fixer lui-même une date d'effet à sa décision⁸¹. Dans ce cas, il diffère sa décision sur de nombreux mois – on compte en moyenne six mois entre la date de la décision et la date fixée pour l'effet de l'annulation⁸². Il est arrivé qu'il diffère de plus de trente-quatre mois l'effet de son annulation afin de laisser au gouvernement le temps nécessaire au dépôt d'un projet de loi à la place du décret annulé pour incompétence⁸³. Le juge peut également – et c'est le cas le plus fréquent – laisser un nombre déterminé de mois s'écouler avant la prise d'effet de l'annulation variant d'un⁸⁴ à six⁸⁵ mois⁸⁶.

⁸⁰ V., par exception, la décision CE, 29 août 2008, n° 305314, préc., où le juge précise « que leur annulation immédiate serait ainsi de nature à méconnaître l'exigence constitutionnelle de transposition en droit interne des directives communautaires et à entraîner des conséquences manifestement excessives », il est ainsi fait état de la nécessité d'accorder un délai.

⁸¹ V., parmi de nombreux exemples, CE, 16 mai 2008, n° 290416, préc.

⁸² V., le délai prévu par la décision CE, 28 nov. 2011, n° 330548 jusqu'au 1er juin 2013, soit 7 mois.

⁸³ CE, 29 août 2008, n° 305314 où le juge diffère les effets de la décision au 30 juin 2010.

⁸⁴ V. par ex., CE, 12 déc. 2007, n° 296818, *Vignard*, AJFP 2008. 172, note R. Gueguen.

⁸⁵ V., par ex., CE, 11 juill. 2008, n° 298779.

⁸⁶ Le juge administratif a également différé l'effet de ses décisions de 3 mois, v., CE, 25 févr. 2005, n° 247866, préc.; 3 mois, v., CE, 30 déc. 2010,

Le recours au seul pouvoir de valider les effets passés de l'acte est plus rare: cela n'est arrivé qu'à deux reprises⁸⁷.

Dans le reste des cas, le plus fréquemment, le juge couple la limitation des effets de l'annulation rétroactive avec un effet différé de la déclaration d'annulation. La motivation peut alors être plus lapidaire⁸⁸ à moins que le juge ne fasse explicitement appel à la fois au vide juridique créé par la rétroactivité de l'annulation et à l'importance d'un délai nécessaire à l'élaboration d'un nouvel acte par l'administration⁸⁹. Dans une décision du 23 décembre 2013, le Conseil d'État a motivé sa décision distinctement entre la limitation des effets de l'annulation et la modulation de l'annulation. Deux arguments distincts ont été avancés. Dans un premier temps, le juge prend en compte le fait que l'autorité de la concurrence serait privée de l'usage de ses pouvoirs dans le cas d'un effet rétroactif puis il précise que l'atteinte à l'ordre public économique justifie un report des effets au 1er juillet 2014⁹⁰. Cette motivation détaillée, accentuant clairement le double effet choisi par le juge, mériterait d'être privilégiée.

Une place à part doit être réservée au pouvoir de modulation pour le passé des effets de l'annulation. Dans ce cas, il ne s'agit plus de limiter les effets de l'acte dans le passé mais de différer l'effet de la déclaration d'annulation du juge à un moment passé, privilégiant la cohérence de la « vie » de l'acte. Il est arrivé dans une seule affaire, relative à la rémunération

n° 329513, *Robert*, Lebon p. 530 ; AJDA 2011. 4 ; Constitutions 2011. 385, obs. O. Le Bot; ou encore de 4 mois, v., CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc.

⁸⁷ CE, ss. sect. réunies, 4 juill. 2012, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, Lebon p. 271; AJDA 2012. 1379; D. 2012. 2622, obs. P. Lokiec et J. Porta; CE, ss. sect. réunies, 13 janv. 2010, n° 305944, préc.

⁸⁸ CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc.

⁸⁹ CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.

⁹⁰ CE, ss. sect. réunies, 23 déc. 2013, n° 363702, préc.

pour copie privée, que le juge s'en remette à l'administration et décide ainsi de reporter l'effet de l'annulation de sa décision à la date où l'acte avait été réformé par la Commission pour copie privée. Le juge module ainsi la date d'annulation pour le passé, de manière à se calquer sur la décision prise par la Commission compétente⁹¹.

1.2 L'évolution des cas d'application de la modulation: une irrésistible extension

L'usage de la modulation dans le temps des effets des décisions est assurément moins rare qu'il n'y paraît. Il reste néanmoins l'exception puisque le considérant de principe de la décision du 11 mai 2004 est fondé sur des conditions particulièrement exigeantes. En ce sens, le juge administratif a construit une véritable motivation de principe qui consiste à justifier l'usage rigoureux du pouvoir de modulation. Mais la modulation est également victime de son succès. Elle a été appliquée dans des cas élargis, ce qui reste paradoxal au vu de son caractère exceptionnel, initialement avancé.

1.2.1 Une rigueur de rédaction assouplie

L'application de la jurisprudence a permis de confirmer les propos de C. Landais et F. Lenica pour lesquels « le Conseil d'État se dirige vers une exigence de motivation asymétrique » selon les cas⁹². En ce sens, l'intégration du pouvoir de modulation dans les méthodes du juge a conduit à une évolution de sa motivation.

⁹¹ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

⁹² C. Landais, F. Lenica, *op. cit.*, », AJDA 2004. 1187.

Au cours des premières années d'application du pouvoir de modulation, la précision du considérant de principe était constamment rappelée et à chaque stade le juge vérifiait l'existence des conditions nécessaires à son application⁹³. Certaines rédactions pédagogiques méritent d'être relevées; le juge y développe « les conséquences de l'illégalité du décret attaqué » en rappelant ou non le libellé du texte attaqué⁹⁴. Une telle formulation est parfois suivie de « en ce qui concerne l'application de ces principes au décret attaqué »⁹⁵, ce qui permet de vérifier que les conditions sont remplies en l'espèce.

Cette précision des premières décisions s'est progressivement assouplie. Il est en effet possible de dénombrer plusieurs arrêts dans lesquels le juge ne se réfère plus qu'à la gravité de la situation ou aux intérêts publics en présence⁹⁶.

Le considérant de principe a connu lui-même plusieurs modifications qui en ont élargi le sens initial en complétant utilement certaines de ses implications.

Tout d'abord, le juge administratif a modifié pour la première fois le considérant de principe en choisissant de surseoir à statuer sur la date d'effet de l'annulation, de manière à

⁹³ CE, sect., 25 févr. 2005, n° 247866, préc.

⁹⁴ V. dans le même sens, CE, 19 déc. 2008, n° 312553, *Kierzkowski-Chatal*, Lebon p. 467; AJDA 2008. 2427; D. 2009. 103 où l'on retrouve un « Sur les conséquences de l'illégalité des dispositions du décret qui créent l'article D. 15-4-4 du code de procédure pénale » ; v. égal., CE, 3 mars 2009, n° 314792, préc., : « Sur les conséquences de l'illégalité de l'arrêté attaqué » ; v., encore, CE, 28 nov. 2011, n° 341775, *Fédération des syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique, Syndicat national des enseignements de second degré, Syndicat national de l'enseignement supérieur - FSU, Association Sauvons l'université* ; CE, 12 mai 2010, n° 325657, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, Lebon T. p. 952; Dr. soc. 2010. 1131, obs. J. Barthélémy qui précise: « Sur la question de la limitation dans le temps des effets des annulations prononcées ».

⁹⁵ CE, 16 mai 2008, n° 290416, préc.

⁹⁶ CE, 5 mars 2008, n° 286273, préc.

laisser les parties en débattre⁹⁷. Il faudra toutefois attendre le 15 avril 2013 pour que le juge fasse apparaître cette possibilité expressément dans le considérant de principe.

Par ailleurs, le Conseil d'État a aménagé la rédaction du considérant de principe afin de préciser les conséquences d'une décision de modulation quant aux actions contentieuses en cours. Ainsi a-t-il, par deux fois, fait référence au considérant suivant lequel, « lorsque le juge administratif décide de limiter dans le temps des effets de l'annulation de l'acte attaqué devant lui, il est tenu, au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation »⁹⁸.

Enfin, en 2011, le juge a précisé les contours de son office quant à la modulation des effets de l'annulation en indiquant qu'« il ne lui appartient pas, lorsqu'il module l'effet de l'annulation dans le temps, d'ordonner une exécution partielle ou incomplète de la décision qu'il annule pendant la période durant laquelle elle continue de s'appliquer »⁹⁹. Il distingue ainsi clairement le rôle qui est le sien en matière d'annulation d'une quelconque immixtion dans l'exécution de la décision.

De ces variations, il convient de tirer une conclusion certaine: le juge ne se soucie pas d'une fidélité, mot pour mot, au considérant de principe. Il recherche avant tout à justifier le recours à la modulation des effets par une nécessité impérieuse¹⁰⁰. Si les motivations adoptées peuvent varier, elles traduisent une volonté de justifier la modulation au cas

⁹⁷ CE, 12 mai 2010, n° 325657, préc.; pour plus de détail v., II. A.

⁹⁸ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

⁹⁹ CE, 17 juin 2011, n° 324816, préc.

¹⁰⁰ V., les propos de D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, op. cit., p. 375.

par cas, démontrant ainsi que le juge entend encadrer le recours à cette technique et s'en tenir plus à une rigueur de raisonnement qu'à une rigueur rédactionnelle.

1.2.2 Une diffusion en contradiction avec les objectifs initiaux

La jurisprudence *AC!* est l'histoire d'une diffusion.

C'est au départ grâce à la diffusion du pouvoir de la Cour de justice de l'Union européenne de moduler dans le temps les effets de ses arrêts que le Conseil d'État a pu s'inspirer d'un tel pouvoir pour le faire sien. En vertu de l'article 264 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)¹⁰¹, cette dernière applique en effet une jurisprudence minutieuse et rigoureuse dont elle a consolidé l'exemplarité. Elle peut choisir de ne faire prendre effet à l'annulation de l'acte qu'à la date de la décision ou à une date ultérieure et appliquer ce pouvoir de manière extensive¹⁰². Elle a également considéré qu'elle pouvait moduler les effets des décisions d'annulation applicables non seulement aux recours contre les règlements mais contre tous les actes communautaires¹⁰³. De plus, elle a

¹⁰¹ Ex-art. 231 TCE.

¹⁰² V., CJCE, 5 juin 1973, aff. 81/72, *Commission c/ Conseil*, Rec. CJCE p. 575.

¹⁰³ V., pour les directives, CJCE, 7 juill. 1992, aff. C-295/90, *Parlement c/ Conseil*, Rec. CJCE p. 4616, AJDA 1993. 247, chron. J.-D. Combexelle, E. Honorat et C. Soulard ; v., pour le budget des communautés, CJCE, 3 juill. 1986, aff. 34/86, *Conseil c/ Parlement*, Rec. CJCE p. 2155; v., pour les décisions, CJCE, 28 mai 1998, aff. C-22/96, *Parlement c/ Conseil*, Rec. CJCE p. 3231.

étendu l'application de ce pouvoir¹⁰⁴ au contentieux de l'interprétation¹⁰⁵ et de l'appréciation de validité¹⁰⁶.

Le juge administratif a subi cette influence du pouvoir de modulation en l'étendant lui-même à différents actes et différents types de décisions. Cette expansion a conduit à la jurisprudence *AC!* qui transpose ce qui existait déjà dans le plein contentieux¹⁰⁷. Mais la jurisprudence *AC!* a elle aussi été étendue à d'autres actes que les seuls actes réglementaires auxquels elle s'était appliquée initialement. Une telle propagation était hautement prévisible et souhaitable, à en croire les conclusions du rapporteur public Ch. Devys qui précisait que le pouvoir de modulation n'avait pas vocation à s'appliquer aux seuls actes réglementaires¹⁰⁸. En ce sens, le juge administratif a, dès 2007, étendu le sens de la décision *AC!* aux actes individuels¹⁰⁹.

¹⁰⁴ H. Labayle, « La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres mœurs? », RFDA 2004. 663 s.

¹⁰⁵ CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, *Defrenne c/ Sabena*, Rec. CJCE p. 455.

¹⁰⁶ V., CJCE, 3 arrêts du 15 oct. 1980, *Providence agricole de Champagne*, aff. 4/79, Rec. CJCE p. 2823, *Maïseries de Beauce* aff. 109/79, Rec. CJCE p. 2883, et *Roquettes Frères*, aff. 145/79, Rec. CJCE p. 2917.

¹⁰⁷ CE, 21 janv. 2002, n° 234227, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Société Schweppes France*, Lebon p. 13.

¹⁰⁸ Ch. Devys, « La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une décision administrative – Concl. sur CE, ass., 11 mai 2004, *Association AC! et autres* », RFDA 2004. 454.

¹⁰⁹ Comme le relèvent les commentateurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, la modulation « n'est pas exclue *a priori* pour les actes administratifs non réglementaires », in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18e éd., 2013, Paris, Dalloz, coll. « grands arrêts », p. 869.

Le bouleversement des situations juridiques n'est effectivement pas moins important du fait de la nature de l'acte. C'est ce que précisait le rapporteur public dans ses conclusions sur la décision *Sire* du 12 décembre 2007 où, à l'occasion de l'annulation de la décision de nomination d'un magistrat, il faisait prévaloir « la nécessité de préserver la continuité du service public de la justice »¹¹⁰. Dans ce cadre, le bilan des intérêts publics et privés en présence est susceptible d'emprunter un sens nouveau; le juge doit apprécier la situation individuelle incertaine et la mettre en balance avec les intérêts supérieurs susceptibles d'être affectés. Une telle application, innovante en 2007, a été poursuivie depuis lors même si elle reste plus marginale que la modulation appliquée aux règlements¹¹¹. Cette dernière a été utilisée au sujet de décisions d'autorités administratives indépendantes¹¹², d'arrêtés ministériels¹¹³ mais également de décrets¹¹⁴.

Une telle extension du pouvoir de modulation des actes réglementaires aux actes individuels n'est cependant pas si « naturelle » qu'il y paraît. Si la CJUE a étendu le sens des textes en appliquant, au fil du temps, son pouvoir de modulation à tous types d'actes¹¹⁵ et que

¹¹⁰ M. Guyomar, concl. *op. cit.*, p. 642.

¹¹¹ CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 296818, *Vignard*, AJFP 2008. 172, note R. Gueguen; CE, même jour, n° 296072, préc.; CE, sect., 30 déc. 2010, n° 329513, préc.; CE, sect., 24 juin 2011, n° 343391; CE, 24 juin 2011, n° 342997.

¹¹² V., par ex., CE, sect., 25 févr. 2005, *France télécom*, n° 247866, préc.

¹¹³ CE, ss. sect. réunies, 3 mars 2009, n° 314792, préc.

¹¹⁴ J.-H. Stahl et A. Courrèges avaient pensé dès 2004 que: « Une telle limitation pourrait apparaître trop restrictive à l'usage. En dehors du contentieux des actes réglementaires, on peut, en effet, penser d'ores et déjà à d'autres contentieux pour lesquels, le moment venu, la modulation des effets des annulations pourrait apparaître utile, par exemple le contentieux des actes contractuels. Et d'autres matières pourraient se révéler, à l'avenir, propices à la mise en œuvre d'un tel pouvoir », *op. cit.*, p. 438.

¹¹⁵ H. Labayle parle de « l'applicabilité de l'article 231 à l'ensemble des actes unilatéraux », RFDA 2004. 663.

le Conseil d'État français a emprunté la même voie, l'exemple du Conseil d'État belge est néanmoins de nature à démontrer que cette extension est susceptible de se heurter à certains principes constitutionnels. La situation des juges belges et français devant le pouvoir de modulation diffère du fait de la présence d'un texte dévolutif de ce pouvoir dans l'article 14 *ter* de la loi sur le Conseil d'État belge. Déjà dans les travaux préparatoires, le principe même de « réserver » la modulation des effets de l'annulation aux actes réglementaires avait pu être considéré comme une violation du principe d'égalité puisqu'induisant une différence de traitement dans le contentieux des actes en fonction de leur nature¹¹⁶. L'article 14 *ter* avait finalement consacré le pouvoir de modulation aux seuls actes réglementaires prenant acte de la position de la Cour constitutionnelle selon laquelle la différence de traitement se fondait sur l'appréciation d'un équilibre nécessaire entre les principes de légalité et de sécurité juridique¹¹⁷. Le Conseil d'État belge s'est ainsi montré soucieux du respect de sa compétence d'attribution¹¹⁸. Tenant compte de l'évolution nécessaire des pouvoirs de celui-ci, le gouvernement fédéral belge a adopté, le 3 février 2014, une loi portant réforme du Conseil d'État qui a prévu expressément que le pouvoir de modulation puisse s'appliquer aux actes de nature individuelle¹¹⁹. Cet exemple démontre à quel point le pouvoir accordé au juge français, parce qu'il n'est pas codifié par un texte, lui garantit la même rigueur tout en lui laissant une suffisante liberté qui permet de ne pas rencontrer les mêmes blocages qu'en Belgique.

¹¹⁶ Rapport, Doc. parl., Chambre, sess. 1995-1996, n° 644/4, pp. 5, 6 et 7.

¹¹⁷ Cour const., arrêts n° 154/2012 du 20 déc. 2012; n° 14/2013 du 21 févr. 2013; n° 73/2013 du 30 mai 2013; n° 97/2013 du 9 juill. 2013.

¹¹⁸ V., sur ces questions, P. Nihoul, « La modulation dans le temps des effets d'un arrêt d'annulation du Conseil d'État belge », RFDA 2013. 1301 s.

¹¹⁹ *Moniteur Belge* du 3 févr. 2014, pp. 9067-9080.

La modulation des effets dans le temps concerne également différents types de décisions¹²⁰. Elle a été appliquée aux décisions de rejet depuis la décision de Section *Société Techna* du 27 octobre 2006. Celle-ci répond à un souci tout à fait particulier de sécurité juridique et constitue une application particulière de la jurisprudence *AC!* puisqu'elle l'utilise dans une hypothèse distincte de l'annulation pour excès de pouvoir et de ses effets¹²¹. L'arrêt *Société Techna* utilise à la fois les ressorts du raisonnement de l'arrêt d'Assemblée du 11 mai 2004 et de l'arrêt *KPMG* de 2006. Les décisions de rejet n'ont pas d'effet rétroactif et ne sont pas censées bouleverser les situations juridiques ; elles conduisent au contraire à les laisser en l'état. Toutefois, ce type de décision est susceptible de modifier l'ordre juridique lorsque l'acte attaqué a préalablement été suspendu par une ordonnance de référé, comme en l'espèce¹²². Si la modulation des effets des décisions n'est pas censée aider à adoucir la réception d'un nouvel état de droit, il reste que l'objectif de sécurité juridique l'anime certainement et que ce même objectif justifie l'application de régimes transitoires¹²³. Indirectement, en l'espèce, le souci de sécurité juridique pouvait conduire le juge à différer

¹²⁰ CE, 27 oct. 2006, *Société Techna*, n° 260767, préc.

¹²¹ Comme l'affirme F. Sénars, « La jurisprudence *AC!*, dont la Section a fait application dans l'arrêt du 25 février 2005, *France Télécom* (Lebon p. 86), n'est évidemment pas directement applicable en l'espèce puisque, par hypothèse, les difficultés que nous cherchons à surmonter ne découlent pas d'une annulation contentieuse mais, tout au contraire, du rejet d'une demande d'annulation », in « Pouvoirs du juge et effets juridiques indirects du rejet d'une demande en annulation - Conclusions sur Conseil d'État, Section, 27 octobre 2006, *Société Techna et autres* », RFDA 2007. 265.

¹²² CE, ord., 29 oct. 2003, n° 260768, *Société Techna SA*, Lebon p. 422 ; AJDA 2004. 540, note A.-E. Courrier ; D. 2005. 34 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier ; *ibid.* 859, chron. A. Louvaris ; RTD eur. 2004. 333, chron. D. Ritleng ; *ibid.* 363, chron. J. Dutheil de La Rochère, N. Grief et E. Saulnier.

¹²³ CE, ass., 24 mars 2006, n° 288460, *Société KPMG*, *Société Ernst & Young Audit*, Lebon p. 154 ; AJDA 2006. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ; *ibid.* 841, tribune B. Mathieu ; *ibid.* 897, tribune F. Melleray ; D. 2006. 1224 ; *ibid.* 1190, chron. P. Cassia ; *ibid.* 1226, point de vue R. Dammann ; Rev. sociétés 2006. 583, note P. Merle ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila ; *ibid.* 483, note F. Moderne ; RTD civ. 2006. 527, obs. R. Encinas de Munagorri ; GAJA, 19e éd., 2013, p. 875.

les effets du rejet, susceptible, du fait de l'absence de période transitoire, d'atteindre l'équilibre entre principe de légalité et consolidation des situations juridiques. F. Sénès, dans ses conclusions, avait précisé par une phrase topique la double lignée jurisprudentielle de l'arrêt: « *KPMG* qui l'impose, *AC!* qui le permet »¹²⁴. Si cette espèce est l'illustration d'une « configuration qui semble devoir rester marginale »¹²⁵, elle est néanmoins riche d'enseignement.

Ainsi, bien que l'application de la décision *AC!* n'ait pas été conçue pour s'appliquer aux décisions de rejet, parce qu'elle était liée à celles d'annulation, il est finalement apparu que la différence entre les deux types de décision n'était « cependant pas aussi flagrante qu'il y paraît »¹²⁶, dès lors que les droits des personnes étaient en cause¹²⁷.

Le juge a également étendu la jurisprudence aux différents types de moyens ayant entraîné l'application de l'acte. Le raisonnement classique conduisant à déclencher l'application de la jurisprudence *AC!* se fonde sur la disproportion créée par l'annulation d'un acte pour un vice aisément régularisable, alors même que cette annulation est susceptible d'emporter de lourdes conséquences¹²⁸. La référence à la nature du moyen – entendu comme

¹²⁴ F. Sénès, concl., *op. cit.*, p. 277.

¹²⁵ G. Pellissier, « Quatre ans ... », pt 13.

¹²⁶ F. Sénès, « Pouvoirs du juge et effets juridiques indirects du rejet d'une demande en annulation - Conclusions sur Conseil d'État, Section, 27 octobre 2006, *Société Techna et autres* », RFDA 2007. 265.

¹²⁷ D'après les propos de M. Guyomar, « La bonne administration de la justice commande que le juge de l'excès de pouvoir appréhende, dans le cadre et dans les limites de son office, les répercussions concrètes de ses décisions », in « L'application de la jurisprudence *Association AC!* à l'annulation d'une décision individuelle », concl. sur CE, 12 déc. 2007, n° 296072, *Sire*, AJDA 2008. 642.

¹²⁸ De l'avis de R. Gueguen, « Lorsqu'il examine la nature du motif d'annulation retenu, le juge s'attache à la gravité de l'illégalité qu'il sanctionne », in « La modulation de l'annulation des nominations de magistrats », AJFP 2008. 172.

de simple illégalité externe – est courante¹²⁹, puisque la régularisation de ce type d'illégalité est plus aisée dans le délai imparti. De plus, la rétroactivité étant consubstantielle au recours pour excès de pouvoir, elle est censée réparer le trouble causé à l'ordre juridictionnel par la nullité; aussi, plus le vice d'illégalité est grave, plus la rétroactivité peut apparaître souhaitable. Pourtant, une catégorisation trop rigide en fonction de la nature des moyens aurait pour « risque de conduire à réserver la modulation à des hypothèses d'illégalités régularisables »¹³⁰ et limiterait le recours à la modulation. Cela n'a pas été le cas durant les dix ans d'application de la jurisprudence: les moyens d'illégalité interne ou externe ont pu conduire indifféremment à l'annulation différée. Statistiquement pourtant, les moyens de légalité interne sont moins importants dans l'usage du pouvoir de modulation des effets de l'annulation¹³¹, démontrant que le raisonnement naturel consiste par principe à se fonder sur la nature externe du moyen d'illégalité. Cette question de la nature des moyens est « un élément de contexte » susceptible d'influencer le juge¹³², qui n'y est pas « totalement indifférent

¹²⁹ V., nos développements II.A.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 623.

¹³¹ CE, 25 févr. 2005, *France Télécom*, n° 247866, préc.; CE, ss. sect. réunies, 21 déc. 2006, n° 287812, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, Lebon p. 576; AJDA 2007. 7; AJFP 2007. 90, et les obs.; CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 296818, préc.; CE, 5 mars 2008, n° 281451, *Société NRJ 12 et Société Télévision française 1*, Lebon p. 79, concl. T. Olson; CE, ss. sect. réunies, 5 mars 2008, n° 286273, préc.; CE, 12 mars 2008, nos 290416, 290723, 290766, 294677, préc.; CE, 11 juill. 2008, n° 298779, *Syndicat de l'industrie de matériels audiovisuels électroniques c/ Société Sorecop c/ Société Copie France*, Lebon p. 263; AJDA 2008. 1414; D. 2008. 2074, obs. S. Lavric; *ibid.* 2009. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny; RTD com. 2008. 747, obs. F. Pollaud-Dulian; CE, 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon T. p. 832; AJDA 2009. 1522; CE, 17 déc. 2010, n° 315832; CE, 17 juin 2011, n° 324816, *Canal+ Distribution, Canal+ Terminaux, Motorola SAS, Simavelec, Société Rue du commerce*, Lebon p. 296; D. 2011. 1678, obs. C. de presse; *ibid.* 2012. 2836, obs. P. Sirinelli; RTD eur. 2011. 888, obs. D. Ritleng; CE, sect., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.; CE, 28 nov. 2012, n° 330548, préc.

¹³² J.-H. Stahl et A. Courrèges, *op. cit.*, p. 440.

»¹³³. Il reste certain que, par principe, « en présence d'un seul vice de procédure, la modulation des effets de l'annulation sera plus facilement envisagée »¹³⁴. Il n'est ainsi pas impossible de voir évoluer la jurisprudence sur ce point.

Le pouvoir de modulation des effets dommageables d'une décision tend à s'appliquer aux différents contentieux devant le juge administratif, montrant à quel point la jurisprudence est entrée dans son nouvel office.

Tel est, d'abord, le cas dans le cadre de la procédure de référé spécial prévue par l'article L. 554-12 du code de justice administrative (CJA) et régie par l'article L. 123-12 du code de l'environnement¹³⁵. La rédaction de cette disposition exclut la condition d'urgence, puisque la suspension de l'acte par le juge est automatique dès lors que l'avis du commissaire enquêteur est négatif et que l'un des moyens avancés est jugé suffisamment sérieux. Dans une espèce où ces deux conditions étaient remplies, le rapporteur public D. Botteghi avait néanmoins proposé au Conseil d'État d'adapter la jurisprudence *AC!*. La suspension de l'acte par le juge aurait eu pour effet d'attenter gravement à la continuité et à la sécurité du trafic aérien. Le juge des référés avait le choix entre deux hypothèses. Il pouvait, en vertu de sa jurisprudence constante, ne pas suspendre l'acte, au nom d'un intérêt public qui le justifiait¹³⁶ ou bien – les données étant proches des conditions de recours à la jurisprudence *AC!* – adapter cette jurisprudence à son office. La sécurité juridique était en balance avec la légalité au nom de la préservation d'un intérêt public supérieur et il était

¹³³ G. Pellissier, *op. cit.*, pt 12.

¹³⁴ D. Bailleul, *Droit administratif*, n° 2, févr. 2008, p. 26.

¹³⁵ Il dispose que « le juge administratif des référés, saisi d'une demande de suspension d'une décision prise après des conclusions défavorables du commissaire enquêteur ou de la Commission d'enquête, fait droit à cette demande si elle comporte un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de celle-ci ».

¹³⁶ CE, 15 juin 2001, n° 230637, *Société Robert Nioche et ses fils*, Lebon T. p. 1120.

certain que la suspension immédiate emportait des conséquences manifestement excessives¹³⁷. Si le rapporteur public n'a pas été suivi en l'espèce, le juge ayant préféré s'en remettre au refus de suspendre sur le fondement d'un intérêt public supérieur¹³⁸, sa réflexion démontre à quel point la jurisprudence *AC!* se diffuse. Le rapporteur public s'était également référé à la jurisprudence *Danthy*¹³⁹ qui va également – quant aux formalités substantielles – dans le sens du pragmatisme du juge. Le souci de l'après-décision est désormais ancré dans la jurisprudence du juge administratif, quel que soit son office.

Autre extension, le pouvoir de modulation des effets de la décision a été transposé du contentieux de la légalité au référé contractuel. Cette transposition aurait pu paraître moins nécessaire que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir pour lequel l'alternative entre annulation et maintien des effets de l'acte est stricte. Le juge des référés contractuels dispose au contraire de pouvoirs importants: annulation du contrat, résiliation, réduction de sa durée, pénalités financières... Ces sanctions permettent une véritable adaptation du sens de la décision à la gravité de l'irrégularité constatée. Pourtant, dans une décision *Société Koné*

¹³⁷ D. Bottegghi précise : « vous devez décider du champ de l'ouverture prétorienne du pouvoir de différer la suspension. S'il doit assurément couvrir le cas, qui n'est guère discutable, où il faut assurer la sécurité ou la continuité d'un service public, comme en l'espèce, vous pourriez aussi vouloir opter pour un champ plus large, en réservant en général les suspensions dont les conséquences seraient manifestement excessives », in « Intérêt général et refus de suspension dans un référé spécial - Conclusions sur Conseil d'État, Section, 16 avril 2012, *Commune de Conflans-Sainte-Honorine et autres* », RFDA 2012. 720.

¹³⁸ CE, 16 avr. 2012, n° 355792 et n° 355867, *Commune Conflans-Sainte-Honorine, Collectif inter-associatif du refus des nuisances aériennes*, Lebon p. 153, concl. D. Bottegghi; AJDA 2012. 791; *ibid.* 943, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RDI 2012. 415, obs. P. Soler-Couteaux; AJCT 2012. 440, obs. M. Moliner-Dubost; RFDA 2012. 719, concl. D. Bottegghi.

¹³⁹ CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthy*, Lebon p. 649.

du 1er juin 2011¹⁴⁰, le juge s'est reconnu la possibilité de moduler dans le temps l'effet de l'annulation du contrat¹⁴¹ à l'expiration d'un délai de quatre mois. À l'instar de ce qui est le cas pour le contentieux de la légalité, il a apprécié les circonstances affectées et l'intérêt public qui pourraient s'attacher à la modulation. La continuité des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs a justifié que le juge puisse prendre en compte la stabilité des situations juridiques¹⁴². Il a réitéré cette solution quelques mois plus tard, en tenant compte de la nécessité de la continuité de prestations de services¹⁴³.

Toujours au titre d'illustration des potentialités d'extension de la jurisprudence *AC!*, son application potentielle aux demandes d'avis – même si elle a été rejetée – mérite d'être évoquée. Les conclusions de D. Chauvaux sur un avis du 31 janvier 2006 permettent de mettre en lumière l'idée d'un bilan entre le respect de la légalité et la stabilité des situations juridiques qui pourrait s'appliquer aux demandes d'avis, dans le cas où des désordres graves devraient être prévenus. Comme le précise le rapporteur public, « la détermination du sens d'une disposition législative ou réglementaire, voire la découverte d'un principe général, peut

¹⁴⁰ CE, sect., 1er juin 2011, n° 346405, *Société Kone*, Lebon p. 266; AJDA 2011. 1108; AJCT 2011. 568, obs. S. Hul; RTD eur. 2011. 893, obs. J.-P. Kovar.

¹⁴¹ CJA, art. L. 551-18.

¹⁴² De l'avis de M. Dreifuss, « l'effet différé présente toujours un certain intérêt pour gérer les situations transitoires: il permet à l'acheteur de lancer une nouvelle procédure et d'attribuer les nouveaux contrats » in « Une nouvelle brèche ouverte dans la voie étroite du référé contractuel », AJDA 2012. 270.

¹⁴³ D'après R. Noguellou, « La solution n'était pas tout à fait évidente, dès lors que les pouvoirs du juge découlent, en la matière, d'un texte communautaire qui ne prévoit pas le principe d'un tel « sursis » accordé au marché », in « Nouvelles précisions sur le régime du référé-contractuel », Note sur CE 30 nov. 2011, n° 350788, *Société DPM Protection*, RDI 2012. 91, obs. R. Noguellou.

soulever des difficultés du même ordre » que celles justifiant la jurisprudence *AC!*¹⁴⁴. Dans le même sens, la Cour de justice de l'Union a étendu les pouvoirs de modulation des effets de sa décision qui lui étaient attribués par l'article 264 du TFUE (applicable au recours en annulation) dans le cadre de son appréciation sur renvoi préjudiciel. Cette limitation des effets dans le temps de la jurisprudence de la CJUE rendue sur interprétation a été jugée par l'affaire *Defrenne* de 1976¹⁴⁵. La Cour avait limité pour l'avenir les effets de sa décision au vu de « considérations impérieuses de sécurité juridique »¹⁴⁶. Parallèlement, dans le cadre de l'appréciation de validité, elle s'était, dans un premier temps, fondée sur « l'application par analogie de l'article 174, deuxième alinéa, du traité »¹⁴⁷ pour limiter dans le temps l'invalidation et cela sans réserver les actions en cours, ce qui avait été la cause d'une réticence certaine des juges nationaux¹⁴⁸. Quinze années plus tard, elle a uniformisé le régime de son contentieux rendu sur question préjudicielle en précisant qu'il lui appartient, lorsqu'elle fait usage de ce pouvoir, de déterminer le sort réservé aux actions en cours introduites devant les juges nationaux¹⁴⁹. L'extension du pouvoir de modulation à ce type de contentieux connaît donc un premier antécédent. Si le Conseil d'État français doit nécessairement tirer certaines leçons des errements de la Cour de justice, notamment quant

¹⁴⁴ Selon D. Chauvaux, « Un choix devra donc selon nous être effectué dans les années qui viennent » in « Permis de conduire: l'information que l'administration doit fournir avant de retirer des points », concl. sur CE, avis, n° 295396, 31 janv. 2007, AJDA 2007. 739 s.

¹⁴⁵ CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, *Defrenne*, Rec. CJCE p. 455.

¹⁴⁶ V., CJCE, 2 févr. 1988, aff. 24/86, *Blaizot*, Rec. CJCE p. 379.

¹⁴⁷ CJCE, 15 oct. 1980, aff. 4/79, *Société Providence agricole de la Champagne*, Rec. CJCE p. 2823; aff. 109/79, *Maïseries de Beauce*, Rec. CJCE p. 2883; aff. 145/79, *Roquette*, Rec. CJCE p. 2917.

¹⁴⁸ V. par ex., CE, 26 juill. 1985, n° 42204, *Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, Lebon p. 233.

¹⁴⁹ CJCE, 26 avr. 1994, aff. C-228/92, *Roquette Frères*, Rec-I CJCE p. 1445.

à l'autorité à accorder à ce type de décisions, la potentialité théorique de l'usage de ce pouvoir dans un tel cas de figure ne doit toutefois pas être écartée.

Enfin, la jurisprudence relative à la modulation a surtout été étendue à l'office du juge du contrat. Au titre des aboutissements de la décision *AC!* que les arrêts *Tropic Travaux* et *Département de Tarn-et-Garonne* ont permis de réaliser, il faut compter l'extension du pouvoir de modulation au juge du contrat, dans le cadre du recours ouvert aux tiers lésés. Dans le plein contentieux, le juge n'avait auparavant d'autres possibilités que de constater l'inexistence rétroactive de la convention. Il gagne en souplesse dans le cadre du recours ouvert par cette jurisprudence puisqu'il a intégré, au titre de ses priorités, la question de l'effet de ses décisions et son adaptation à la gravité des vices constatés ainsi qu'aux déstabilisations que la sanction de la légalité peut être amenée à créer¹⁵⁰.

Extension aux différents types de décisions, aux différents actes et aux différents moyens: le succès de la jurisprudence *AC!* est avéré. Une question primordiale se pose alors, celle de la fidélité au caractère exceptionnel de cette jurisprudence, au-delà même des statistiques. La rigueur du raisonnement pourrait laisser penser qu'il constitue en lui-même l'incitation à un recours exceptionnel à ce pouvoir. Néanmoins, le constat des effets manifestement excessifs de la rétroactivité de l'annulation n'est pas identifiable au point qu'il puisse être question d'une grille de lecture qui ne fasse pas largement appel à l'appréciation du juge; cette appréciation du caractère manifestement excessif n'est pas seule de nature à en assurer l'application exceptionnelle. L'évolution de la jurisprudence consiste plutôt en une érosion du caractère exceptionnel au point qu'il est possible d'affirmer que le pouvoir de modulation est entré dans les méthodes du juge. Il ne faut toutefois pas en exagérer l'importance au point d'affirmer que sa « mise en œuvre n'est en rien exceptionnelle, contrairement à ce qui était initialement annoncé »¹⁵¹. Les conclusions des rapporteurs

¹⁵⁰ V., les propos de R. Noguellou, *op. cit.*, RDI 2012. 91.

¹⁵¹ C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 2e éd., 2013, LGDJ, coll. « Manuel », p. 252.

publics¹⁵² démontrent que le choix de faire application du pouvoir de modulation doit se faire en intériorisant son caractère exceptionnel¹⁵³.

Ce nouvel office du juge n'est pas une création de la jurisprudence *AC!*. Si elle a fait entrer dans ses pouvoirs la modulation des effets de l'annulation contentieuse, elle a fait naître d'autres potentialités qui ont été consolidées par la suite.

2. LE DÉMENTI D'UNE RÉVOLUTION JURISPRUDENTIELLE

L'arrêt *AC!* est un grand arrêt de la jurisprudence administrative; à n'en pas douter, c'est d'ailleurs l'un des plus grands de la dernière décennie. Il s'insère dans une lignée de jurisprudences qui permettent de réinterpréter l'office du juge, de le modifier en l'adaptant aux réalités changeantes de son contrôle. L'arrêt *AC!* s'insère plus dans une suite qu'il ne constitue une révolution isolée.

2.1 Une jurisprudence strictement appliquée

Il existe une pratique procédurale de la modulation que le juge suit avec rigueur. Cette même rigueur se manifeste dans le refus, fréquent, d'appliquer la jurisprudence.

¹⁵² On peut se référer aux termes de M. Guyomar qui s'inquiète qu'une solution: « constituerait en outre un précédent aisément transposable, ce qui risquerait de mettre en cause le caractère exceptionnel que vous avez entendu conférer à la jurisprudence *AC!* », Concl. préc. AJDA 2008. 642.

¹⁵³ On adhère au point de vue de G. Pellissier qui affirme que « toute décision quant à l'usage de ce pouvoir est sous-tendue par le caractère exceptionnel de cette dérogation au principe de la rétroactivité de l'annulation contentieuse », in « Quatre ans... », *op. cit.*, pt 4.

2.1.1 Une rigueur d'application

Le considérant de principe de l'arrêt de 2004 ne se limite pas à la seule énonciation du principe de la modulation des effets, il détaille son application contentieuse. Deux conditions principales sont posées: le recueil des « observations des parties » et l'examen de « l'ensemble des moyens (...) pouvant affecter la légalité de l'acte en cause »¹⁵⁴. Une troisième condition se retrouve dans la fin du considérant consistant à réserver les actions contentieuses en cours à la date de lecture de la décision. La jurisprudence *AC!* entend respecter ainsi la transparence de l'instruction, le respect scrupuleux du contradictoire et le droit au recours.

Première contrainte procédurale à laquelle le juge s'attache, le recueil des observations des parties a fait l'objet de plusieurs affaires importantes. L'atteinte aux droits des parties, conséquence de la décision *AC!*, justifie que le juge s'oblige à une communication particulière sur cette question. En effet, il n'est pas rare que le pouvoir de modulation soit utilisé d'office, le risque étant alors de provoquer des « coups de théâtre contentieux »¹⁵⁵. Face à ces craintes, le juge veille à ce que la modulation s'insère dans « la voie d'un débat sain et serein »¹⁵⁶ et s'oblige à recueillir les observations des parties. L'accent porté sur les droits des parties à débattre sur la question peut ainsi conduire à une mention dans la décision du « supplément d'instruction » qui a été nécessaire¹⁵⁷. Cette communication est d'ailleurs

¹⁵⁴ CE, ass., 11 mai 2004, préc.

¹⁵⁵ A. Bretonneau et X. Domino, « De la loyauté dans le procès administratif », *AJDA* 2013. 1276.

¹⁵⁶ J.-M. Sauvé, « Un corridor de Vasari ... », *op. cit.*, *AJDA*, p. 1670 ; v. égal., du même auteur, sur cette question, « Les mutations de la justice administrative : conclusions et perspectives », *AJDA* 2012. 1220.

¹⁵⁷ V., à ce propos G. Dumortier, concl. sur CE, 28 nov. 2011, préc., cité in M. Touzeil-Divina, « Maîtrise ou « *masterisation* » du temps et des effets contentieux », *JCP act*, n° 28, 16 juill. 2012, 2254.

régulièrement rappelée dans le considérant de principe lorsque le juge a soulevé d'office la question des effets dans le temps¹⁵⁸ et, bien plus rarement, lorsqu'elle a été sollicitée par les parties¹⁵⁹. Elle n'est pas sans rappeler celle suivie par le Conseil d'État au sujet du relevé d'office des moyens d'ordre public par le décret du 22 juin 1992, dont la jurisprudence a précisé qu'elle pouvait intervenir avant ou après la clôture de l'instruction¹⁶⁰.

La prise en compte des intérêts des parties a connu une application renouvelée dans le cadre de la dernière modification du considérant de principe, consistant à prévoir que la décision pro- nonçant l'annulation pouvait être distincte de celle statuant sur les effets de cette annulation. Cette première « déliaison » des deux décisions a été consacrée le 12 mai 2010 et consiste en un respect accru de la discussion des parties, puisque le juge surseoit à statuer afin de réserver à celles-ci un délai pour débattre du juste effet à choisir pour l'annulation¹⁶¹. La formulation retenue quant à la pratique de la « décision en deux temps »¹⁶² est constante depuis lors mais n'a été appliquée que rarement¹⁶³. Il convient d'ajouter que

¹⁵⁸ CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 296818, préc. ; CE, 19 déc. 2008, n° 312553, préc. ; CE, ss. sect. réunies, 13 janv. 2010, n° 305944, *Syndicat national CGT-Force ouvrière de l'ANPE*, AJDA 2010. 1222 ; CE, ss. sect. réunies, 24 juin 2011, n° 343391.

¹⁵⁹ CE, 25 févr. 2005, n° 247866, *France télécom*, préc.

¹⁶⁰ CE, sect., 30 oct. 1992, n° 140220, *Ministre des affaires étrangères et secrétaire d'État aux grands travaux c/ Association de sauvegarde du site Alma Champ de Mars*, Lebon p. 384 ; AJDA 1992. 821, concl. F. Lamy, note Y. Jégouzo ; RDI 1993. 64, obs. Y. Gaudemet, H. Savoie et L. Touvet ; RFDA 1992. 1007, obs. R. Denoix de Saint Marc, D. Labetoulle et J.-F. Lachaume.

¹⁶¹ CE, 12 mai 2010, n° 325657, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, Lebon T. p. 919 ; Dr. soc. 2010. 1131, obs. J. Barthélémy.

¹⁶² L'expression est empruntée à D. Connil, *op. cit.*, AJDA 2013. 1876.

¹⁶³ CE, 12 mai 2010, n° 325657, préc. et CE, 7 mars 2011, n° 325657 ; CE, ss. sect. réunies, 28 nov. 2011, n° 341775, Lebon T. p. 952 et CE, ss. sect. réunies, 1er juin 2012, n° 341775, préc. ; CE, ss. sect. réunies, 4 juill. 2012, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, Lebon p. 271 ; AJDA 2012. 1379 ; D. 2012. 2622, obs. P.

c'est la décision du 15 mai 2013 qui a codifié la pratique de la décision en deux temps en l'intégrant au considérant de principe. Il est désormais fait mention de l'exercice du pouvoir de modulation du juge « dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation »¹⁶⁴.

Dans le cadre des décisions rendues spécialement sur les effets de l'annulation, le juge ne se prononce pas sur la légalité de l'acte mais simplement sur l'effet de l'annulation. Après avoir annulé l'acte, il laisse un temps aux parties pour connaître l'effet à donner à cette annulation et ce laps de temps pourra conduire à accorder un nouveau délai au législateur avant que l'annulation soit effective. Les différentes parties sont ainsi ménagées quant aux effets de l'annulation, mais l'on ne saurait sous-estimer l'atteinte feutrée ainsi portée au principe de légalité dont le respect est retardé. Ce nouveau type de décisions enrichit encore les possibilités du juge quant aux effets qu'il peut donner à son annulation et à sa maîtrise du temps. Cette palette d'effets est louable, il reste qu'elle pourrait être susceptible d'introduire une réelle confusion dans la lisibilité de la jurisprudence et surtout un décalage dans le temps, préjudiciable dans le cadre de décisions en deux temps souvent fort éloignées l'une de l'autre. Il semble préférable que le juge réagisse en temps utile à la mesure d'instruction sollicitée relative à l'usage du pouvoir de modulation dans une espèce. Il faut considérer ce recours à la « déliaison » des deux questions comme réservé à des cas exceptionnels¹⁶⁵.

Le juge s'astreint à une seconde contrainte procédurale consistant à épuiser les moyens soulevés autant que les moyens d'ordre public, ce qui est de nature à empêcher

Lokiec et J. Porta et CE, 15 mai 2013, n° 337698, *Fédération nationale des transports routiers*, à mentionner aux Tables du Lebon; AJDA 2013. 1876, note D. Connil.

¹⁶⁴ CE, 15 mai 2013, n° 337698, préc.

¹⁶⁵ V. pour un ex. d'affaire ayant duré dans le temps sans qu'une déliaison n'ait été décidée, CE, ss. sect. réunies, 23 déc. 2013, n° 363702, préc.

l'économie de moyen ou le rejet d'un moyen par préterition¹⁶⁶. Il doit se convaincre de l'effet adéquat, variable suivant les moyens retenus, et « vérifier si l'accueil d'un autre de ceux-ci serait susceptible de commander un déplacement du point d'équilibre du principe de sécurité juridique vers le principe de légalité »¹⁶⁷. Cette question de l'épuisement des moyens ne l'interdit pas d'annuler l'acte pour différents moyens justifiant différents effets dans le temps, mais également de choisir un effet dans le temps différent suivant les dispositions du texte¹⁶⁸.

L'obligation que s'impose le juge d'épuiser l'intégralité des moyens existe dans d'autres branches du contentieux. Elle est, par exemple, imposée par l'article L. 600-4-1 du code de l'urbanisme pour le contentieux de l'urbanisme, mais également dans le cadre du pouvoir d'injonction¹⁶⁹. Lorsque le juge précise « qu'aucun autre moyen n'était susceptible d'emporter l'annulation », on retrouve dans la motivation cette idée que l'intégralité des moyens invoqués a été examinée et que le moyen unique ou les différents moyens ayant conduit à l'annulation justifiaient une modulation de ses effets¹⁷⁰.

¹⁶⁶ De l'avis de O. Dubos et F. Melleray, l'on ne saurait négliger le « nouveau coup de boutoir porté à la théorie de l'économie de moyens », *op. cit.* pt. 43.

¹⁶⁷ C. Landais, F. Lenica, « Modulation dans le temps des effets de l'annulation d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications », *AJDA* 2005. 999.

¹⁶⁸ Selon Ch. Guettier, « Cet examen exhaustif garantit que la modulation des effets dans le temps de l'annulation est bien adaptée aux dispositions censurées d'un même acte, certaines pouvant l'être rétroactivement et d'autres seulement pour l'avenir », *op. cit.*, p. 506.

¹⁶⁹ V., D. Chauvaux et T.-X. Girardot, *chron. sur CE*, 4 juill. 1997, *M. Leveau*, *AJDA* 1997. 58 s.

¹⁷⁰ *CE*, 30 déc. 2010, n° 329513, *préc.* ; *CE*, 23 déc. 2011, n° 335033, *préc.* ; *CE*, 15 févr. 2013, n° 337698, *préc.* ; *CE*, 24 avr. 2013, n° 353280, *préc.*

Le juge se réfère également à la nature du moyen l'ayant conduit à annuler la décision¹⁷¹. Pour la première fois, dans la décision *France Télécom* de 2005, il a utilisé la formule sui- vante: « compte tenu tant de la nature du moyen d'annulation retenu que de ce qu'aucun des autres moyens soulevés ne peut être accueilli »¹⁷². En l'espèce, la rétroactivité de l'annulation des tarifs d'accès à la boucle locale entraînait de graves pertur- bations pour le secteur, qui pouvaient être considérées comme « plus graves » que le simple vice de procédure constaté¹⁷³. Une telle disproportion, du fait de la nature du moyen, peut aider à faire apparaître le côté excessif de la rétroactivité¹⁷⁴. Pourtant, cette même motivation a pu être employée lorsque le motif retenu était de légalité interne, ce qui faisait dire à P.-O. Caille: « c'est dire que l'annulation ne repose que sur un moyen de légalité externe et que l'acte n'est entaché d'aucune illégalité interne – comprendre: plus grave – alors qu'il ressort de l'arrêt lui-même que les règles de délai méconnues “avaient pour objet et pour effet de permettre le respect du principe d'égalité (...)”, ce qui n'est pas anodin »¹⁷⁵.

¹⁷¹ V., nos développements relatifs à l'extension de la jurisprudence.

¹⁷² CE, 25 févr. 2005, *France télécom*, n° 247866, préc.

¹⁷³ E. Prada-Bordenave justifie ainsi le sens de son raisonnement, « si l'on rapproche tous ces risques de l'illégalité tout à fait vénielle commise par l'ART, on ne peut qu'être impressionné de la disproportion qui existe entre les deux », in Concl. sur CE, sect., 25 févr. 2005, *France Télécom*, RFDA 2005. 812 ; v., dans le même sens, les termes du communiqué de presse du Conseil d'État au sujet de l'annulation d'une décision individuelle, que « les annulations prononcées ont pour motif une irrégularité de procédure » mais également, « qu'aucun autre motif ne les justifie », CE, sect., 30 déc. 2010, *M. Marc Robert*, nos 329513 et 329515, préc.

¹⁷⁴ CE, 14 avr. 2013, n° 353280, préc.; CE, 24 avr. 2013, n° 337698, préc.; CE, 23 déc. 2011 n° 335033, préc.; CE, 30 oct. 2010, n° 329513, préc.

¹⁷⁵ .-O. Caille, « Jusqu'où peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire? », D. 2008. 1457; v., la formulation reprise dans les arrêts: CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.; CE, ss. sect. réunies, 24 juin 2011, n° 343391; CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2010, n° 296818, préc.

La décision du 11 avril 2012 démontre également que le juge privilégie la nature d'illégalité externe du vice constaté puisqu'il admet pouvoir moduler même si plusieurs moyens fondent l'annulation. Selon ses termes, il y a lieu de moduler les effets « compte tenu tant de la nature des moyens d'annulation retenus que de celle des autres moyens soulevés par les associations requérantes et susceptibles d'affecter la légalité des dispositions attaquées »¹⁷⁶.

Enfin, troisième élément contentieux pris en compte, les droits des parties sont encore au cœur de l'appréciation portée par le juge quant aux actions contentieuses affectées par le recours à la modulation des effets. Une longue phrase, présente depuis l'origine et reprise constamment depuis, prévoit que la décision de modulation ne s'applique pas aux actions contentieuses engagées à la date de la lecture de la décision¹⁷⁷. L'objectif de cette mesure est double. Elle stabilise les recours contentieux en évitant d'en créer de nouveaux et permet de préserver ceux déjà engagés¹⁷⁸, ce qui respecte profondément les droits acquis autant que l'exercice du droit au recours¹⁷⁹. Revenir sur la portée rétroactive de l'annulation

¹⁷⁶ CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.

¹⁷⁷ V. par ex., la formulation, CE, 16 mai 2008, n° 290416, préc., « Il y a lieu, pour permettre aux pouvoirs publics de prendre l'ensemble des mesures nécessaires à l'une et à l'autre, de n'en prononcer l'annulation - sous réserve des droits des personnes qui ont engagé une action contentieuse à la date de la présente décision - qu'à compter du 1er janvier 2009 » ; D. Connil considère qu'« il s'agit d'ailleurs d'une obligation pour le juge administratif », in « Modulation des conséquences et conséquences de la modulation », AJDA 2013. 1877.

¹⁷⁸ Ch. Guettier n'hésite pas à parler de « solution équilibrée », *op. cit.*, p. 505.

¹⁷⁹ Comme le précise C. Broyelle, « Les mesures prises sur leur fondement (de l'acte annulé) s'en trouvent stabilisées. Si elles demeurent contestables (à condition bien sûr de ne pas être définitives), l'illégalité de l'acte annulé dont elles procèdent ne pourra leur être reprochée.; la réponse « n'est pas neutre quant à la garantie des droits des parties à l'utilité du contrôle juridictionnel. Elle touche à l'effectivité du droit au recours », in *Contentieux administratif*, 2e éd., 2013, LGDJ, coll. « Manuel », p. 253.

est en effet susceptible de causer un trouble certain aux actions dirigées contre les actes pris sur le fondement de l'acte annulé dont l'illégalité aurait déjà été dénoncée¹⁸⁰.

L'importance accordée à l'exercice du droit au recours se manifeste également par l'un des changements majeurs du considérant de principe. Le juge administratif avait précisé qu'il était tenu, dans le cadre de la modulation, « au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation »¹⁸¹. Ceci constituait un rappel strict de l'exclusion des instances en cours. Mais le juge était allé plus loin en précisant qu'il devait « tenir compte de ces actions contentieuses dans son appréciation de la nécessité » de différer les effets de l'annulation. Ces recours peuvent ainsi être pris en considération dans la juste appréciation de l'effet dans le temps choisi dans certaines espèces¹⁸², ce qui s'inspire de la pratique du juge constitutionnel pour le contrôle des lois de validation¹⁸³.

Un traitement particulier quant aux actions en cours est réservé aux décisions « en deux temps » qui posent la question de la date prise comme référence par le juge pour la

¹⁸⁰ Au sens de F. Dieu, cela, « signifie que les requêtes introduites entre la date de l'audience et celle de la lecture de la décision par ceux que les conclusions du commissaire du gouvernement auront mis sur la piste de la modulation, pourront bénéficier du caractère rétroactif de l'annulation », *op. cit.*, p. 2434.

¹⁸¹ CE, 17 déc. 2010, n° 310195, préc.

¹⁸² O. Bui-Xan, note ainsi que « les actions contentieuses (...) font désormais partie intégrante du bilan auquel s'attelle le juge », in « Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse », *AJDA* 2011. 854.

¹⁸³ V. par ex., Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, *Loi portant validation d'actes administratifs*, Rec. Cons. const. p. 46 où les actions engagées sont prises en compte mais ne justifient pas à elles seules l'inconstitutionnalité de la loi.

réserve des actions contentieuses en cours¹⁸⁴. S'agit-il de réserver les actions encore en cours à la date de la décision d'annulation ou bien de celle se prononçant sur les effets différés? La première décision qui avait sursis à statuer n'avait pas réglé cette question. C'est seulement dans la décision rendue quant aux effets dans le temps que le juge fit mention des actions contentieuses engagées à la date de la décision, et non de la décision initiale statuant sur l'annulation. Cela signifie que l'annulation de l'acte conservait un effet rétroactif dans le cadre de toute action engagée avant la date de lecture de cette décision, et non de la décision d'annulation¹⁸⁵.

2.1.2 Des cas de non application elliptiques

Si les applications de la jurisprudence apparaissent probantes et strictes, c'est notamment au vu du nombre important de rejets. Afin d'exprimer son opposition, lorsqu'il rejette l'application de la modulation, le juge ne motive que très peu sa décision, laissant penser qu'*a contrario* user de la modulation suppose de justifier longuement la décision¹⁸⁶. Une telle pratique permet de démontrer que le juge veille au caractère exceptionnel de la modulation. Beaucoup de décisions indiquent comme toute motivation qu'« il n'y a pas lieu,

¹⁸⁴ Les décisions sont espacées d'un à deux ans au plus tard, v., CE, 12 mai 2010, n° 325657 et CE, 7 mars 2011, n° 325657, préc.; CE, ss. sect. réunies, 28 nov. 2011, n° 341775 et CE, ss. sect. réunies, 1er juin 2012, n° 341775, préc.; CE, ss. sect. réunies, 4 juill. 2012, n° 337698 et CE, ss. sect. réunies, 15 févr. 2013, n° 337698, préc.

¹⁸⁵ CE, 7 mars 2011, n° 325657, préc.

¹⁸⁶ Utilisée dans cette dernière hypothèse, une motivation très succincte suffit, v., CE, 23 févr. 2005, n° 264712, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)*, Lebon p. 71; AJDA 2005. 668, note J.-D. Dreyfus; RFDA 2005. 483, concl. D. Casas; RTD eur. 2006. 301, chron. D. Ritleng.

dans les circonstances de l'espèce, de donner un effet différé aux annulations prononcées »¹⁸⁷. Parfois même, cet appel aux circonstances de l'espèce peut ne pas apparaître¹⁸⁸.

Il ressort des décisions de non application de la jurisprudence *AC !* que le juge entend être convaincu par les conclusions des parties auxquelles il appartient « de produire tous les éléments d'information nécessaires »¹⁸⁹. Parfois, à l'instar de la décision du 30 juillet 2009, il est précisé qu'il ne ressort pas des pièces du dossier¹⁹⁰ qu'il y ait lieu d'utiliser la modulation des effets, ce qui laisse entendre que les parties n'ont pas démontré suffisamment la gravité de la situation¹⁹¹. Le juge est souvent amené à détailler les faits afin de démontrer qu'ils ne sont pas de nature à emporter la modulation. Tel est le cas de la décision du 12 décembre 2007 dans laquelle il est précisé que l'annulation de la décision a pour effet « de fragiliser les contrats de travail et de multiplier le nombre de litiges »¹⁹².

Il arrive également que le juge administratif développe plus longuement cette question. Il peut, par exemple, faire appel au fait que la rétroactivité de l'annulation n'est pas manifestement excessive « en raison tant des effets que cet acte a produits que des situations

¹⁸⁷ CE, 13 nov. 2006, n° 281349.

¹⁸⁸ CE, 6 août 2008, n° 297723, *Association Vent de colère*, AJDA 2008. 1573; *ibid.* 2117, note B. Le Baut-Ferrarese; *ibid.* 2312, chron. L. Richer, S. Nicinski et P.-A. Jeanneney.

¹⁸⁹ G. Pellissier, *op. cit.*, pt 6.

¹⁹⁰ CE, 2 mars 2011, n° 313189, *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme*, Lebon p. 77 ; AJDA 2011. 1046; RDT 2011. 582, obs. S. Nadal.

¹⁹¹ CE, 7 juill. 2006, n° 289012, *Société Poweo, Fédération française des combustibles, carburants et chauffage (FF3C)*, Lebon p. 325 ; AJDA 2006. 1416 ; RTD com. 2007. 36, obs. G. Orsoni; CE, 8 oct. 2012, n° 343082; CE, 31 juill. 2009, n° 296964, *Ville de Grenoble, Société Gaz Électricité de Grenoble (GEC)*, Lebon T. p. 832; AJDA 2009. 1522.

¹⁹² CE, ss. sect. réunies, 12 déc. 2007, n° 343072.

qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur »¹⁹³. Pour appliquer la modulation, le juge semble attendre que les situations non définitives déstabilisées par l'annulation soient nombreuses ou susceptibles d'entraîner une déstabilisation contentieuse en chaîne¹⁹⁴.

D'autres éléments peuvent être pris en compte pour ne pas recourir à la modulation des effets. Il peut être précisé qu'il n'y a pas lieu de valider ou de moduler les effets de l'annulation contentieuse en raison des effets limités dans le temps que l'acte a produits¹⁹⁵ ou alors même que cet acte n'a plus lieu de s'appliquer¹⁹⁶. Le juge peut également préciser « qu'il n'y a, en tout état de cause, pas lieu de différer l'effet de cette annulation », ce qui laisse entendre que la sécurité juridique pouvait être sauvegardée par d'autres voies¹⁹⁷. Ainsi, dans une décision du 30 janvier 2013, il a précisé qu'« eu égard notamment à la faible durée d'application de l'arrêté annulé (...) remplacé par d'autres dispositions trois mois après son entrée en vigueur »¹⁹⁸, la modulation des effets n'était pas nécessaire.

¹⁹³ CE, 7 juill. 2006, n° 289012, préc.

¹⁹⁴ CE, 16 juin 2008, n° 306295, *Association vivre et vieillir ensemble en citoyens, Association des directeurs au service des personnes âgées*, Lebon T. p. 847; AJDA 2008. 1238; *ibid.* 1972; v. égal., CE, 1er juill. 2010, n° 321595 CE, 1er juill. 2010, n° 321595, *Société Poweo*, Lebon p. 229; RTD eur. 2011. 494, obs. J.-P. Kovar.

¹⁹⁵ V., la formulation: « en raison des effets que cet acte a produits ou des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, du 15 août 2009 au 13 août 2010 », il n'y avait pas lieu de faire appel au pouvoir de modulation, CE, 22 oct. 2012, n° 332641, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de communication (SIPPEREC)*, Lebon T. p. 781; AJDA 2013. 126, note F. Laffaille; *ibid.* 2012. 2031; *ibid.* 2373, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RTD eur. 2013. 894, obs. E. Muller.

¹⁹⁶ CE, 10 juin 2013, n° 327375, AJDA 2013. 2127; v. égal., CE, 10 juin 2013, n° 337320, D. 2013. 1541, obs. C. Manara.

¹⁹⁷ *Ibid.*

¹⁹⁸ CE, 30 janv. 2013, n° 352206.

Le juge fait également appel au nombre limité de situations juridiques concernées par l'annulation de l'acte. Dans une décision du 23 février 2005, il n'a pas appliqué la jurisprudence *AC!* pour l'annulation de modifications du code des marchés publics qui n'affectait que peu de situations juridiques¹⁹⁹. Avec la décision du 6 septembre 2006, il a également affirmé que l'annulation d'un régime spécial de sécurité sociale concernant peu de situations juridiques n'était pas de nature à emporter la modulation des effets de l'annulation²⁰⁰. C'est encore le sens de la décision du 19 juin 2013, par laquelle il a annulé les décrets portant classement hiérarchique de certains grades des personnels de France Télécom, qui concernaient trop peu de situations juridiques²⁰¹. Il en va de même pour la décision du 17 juillet 2013 où l'annulation de l'acte ne remettait pas en cause les nombreux documents d'entreprise ou encore les dossiers de médecine du travail qui pouvaient continuer à être utilisés, ce qui ne justifiait pas une modulation de l'annulation²⁰².

¹⁹⁹ CE, 23 févr 2005, *op. cit.*

²⁰⁰ CE, 6 sept. 2006, n° 276075 et n° 276155, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT, Comité d'entreprise de la société de secours minière du Nord*, Lebon T. p. 1077.

²⁰¹ CE, 19 juin 2013, n° 356248, AJDA 2013. 1894.

²⁰² CE, 17 juill. 2013, n° 358109, *Syndicat national des professionnels de santé au travail*, Lebon p. 219, concl. N. Vialettes; AJDA 2013. 1546; *ibid.* 1733, chron. X. Domino et A. Bretonneau; RDT 2013. 568, obs. M. Véricel.

Sur le plan de la formulation, le juge peut préciser tantôt qu'il n'entend pas limiter les effets de l'annulation²⁰³ tantôt qu'il n'entend pas les moduler²⁰⁴ ou bien qu'il n'entend ni moduler ni limiter ces effets; cette motivation dépend sûrement des écrits en demande des parties²⁰⁵. Il tombe assez naturellement sous le sens que, lorsque le juge est amené à refuser de moduler dans le temps les effets de la décision, c'est que les parties lui en ont fait la demande. Pourtant, il est remarquable de constater qu'il existe de nombreuses décisions précisant qu'il n'y a pas lieu de moduler dans le temps l'effet de la décision, alors même que cette question n'avait pas été posée au juge, qui s'est interrogé d'office²⁰⁶.

Enfin, il est arrivé que le juge rejette l'application de la modulation des effets dans le temps de l'annulation sans égard au fait que cette dernière ait été prononcée à la suite d'une

²⁰³ CE, 23 juill. 2010, n° 316588, *Syndicat national des techniciens et travailleurs de la production cinématographique et de télévision*, Lebon p. 341; CE, 22 oct. 2012, n° 332641, préc.; CE, 28 mars 2012, n° 343072, *Fédération des syndicats solidaires, unitaires et démocratiques des activités postales et télécommunications*, *Fédération des employés et cadres CGT Force et syndicat national de presse, d'édition et de publicité Force Ouvrière*, Lebon T. p. 1009; AJDA 2012. 1304; CE, 17 juill. 2013, n° 358109, préc.; CE, 30 janv. 2013; CE, 30 janv. 2012, n° 332622.

²⁰⁴ CE, 21 juill. 2007, n° 314015; CE, 10 févr. 2010, n° 327149, *Commune de Saint-Lunaire*, Lebon p. 921; AJDA 2010. 294; RDI 2010. 333, obs. Soler-Couteaux.

²⁰⁵ V., CE, 30 janv. 2013, n° 352206, où il est précisé « qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard notamment à la faible durée d'application de l'arrêté annulé du 27 juin 2011 qui a été remplacé par d'autres dispositions trois mois après son entrée en vigueur, que son annulation soit de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits que des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de limiter les effets de l'annulation de cet acte ».

²⁰⁶ CE, 16 juin 2008, n° 306295; CE, ss. sect. réunies, 2 mars 2011, n° 313189, *Syndicat national des entreprises du secteur privé marchand de la filière équestre des loisirs et du tourisme*, Lebon p. 77; AJDA 2011. 1046; RDT 2011. 582, obs. S. Nadal; CE, ss. sect. réunies, 10 juin 2013, n° 327375, préc.; CE, 22 oct. 2012, n° 332641, *SIPPEREC*, préc.; CE, 10 juin 2013, n° 337320, préc.; CE, 8 oct. 2012, n° 343082; CE, 30 janv. 2013, n° 352206; CE, ss. sect. réunies, 30 janv. 2012, n° 332622.

illégalité interne ou externe. Cela aurait pu être la conséquence logique de certaines motivations adoptées par le juge lorsqu'il module les effets dans le temps en se fondant sur la nature d'illégalité externe du vice affectant l'acte. Pourtant, les refus d'application de la jurisprudence sont à peu près équitablement fondés sur un moyen de légalité interne ou externe²⁰⁷. Il faut néanmoins noter, pour nuancer ce constat, le sens des conclusions du commissaire du gouvernement Ch. Devys sur la décision *Fédération des services CFDT* du 18 octobre 2006, qui, pour justifier le refus de moduler, se fondait sur le vice d'illégalité interne qui affectait l'acte²⁰⁸.

Il ressort des cas de non application de la jurisprudence que, « si les effets perturbateurs de l'annulation rétroactive n'apparaissent pas avec évidence dans le dossier, le juge appliquera toujours le principe, à savoir la rétroactivité, plutôt que l'exception »²⁰⁹. Il serait excessif de considérer que le juge ne motive pas ou peu sa décision lorsqu'il n'applique pas la modulation des effets dans le temps mais il entend néanmoins prouver que la gravité de la rétroactivité ne ressort pas des éléments soumis à son appréciation sans justifier plus en avant ce constat.

Le juge confirme que la rétroactivité de l'annulation est le principe, la modulation l'exception, ce qui démontre la force de la rétroactivité dans la tradition juridique française.

²⁰⁷ (205) V., pour des refus d'appliquer la jurisprudence *AC!* fondés sur des moyens de légalité externe parmi de nombreux exemples, CE, 19 juin 2013, n° 356248, préc.; CE, 28 mars 2013, n° 357064, *Union syndicale des magistrats administratifs (USMA)*, *Syndicat de la juridiction administrative (SJA)*, AJDA 2013. 719.

²⁰⁸ CE, 18 oct. 2006, n° 276359, *Fédération des services CFDT*, Lebon p. 427, concl. Ch. Devys; D. 2006. 2628; *ibid.* 2617, tribune P. Langlois; Dr. soc. 2006. 1096, concl. C. Devys; RDT 2006. 397, obs. M. Véricel; *ibid.* 2007. 118, obs. S. Nadal.

²⁰⁹ G. Pellissier, *op. cit.*, pt 12.

2.2 Une adaptation de l'office du juge dans un souci de réalisme et d'efficacité

La jurisprudence *AC!* n'était pas seule de nature à induire une évolution profonde de l'office du juge. Si ce dernier développe son pragmatisme et se préoccupe des conséquences de sa décision, cette mue n'est pas le seul fait de la jurisprudence de 2004. Il est d'ailleurs permis de penser que la jurisprudence *AC!* n'a pas encore répondu à toutes les interrogations doctrinales sur les contours du nouveau pouvoir de modulation des effets dans le temps. La plu- part des questions posées par l'application de la jurisprudence de 2004 n'ont ainsi été résolues qu'indirectement par le juge.

2.2.1 Des questions persistantes

En dix ans d'application, certaines interrogations posées par la décision du 11 mai 2004 n'ont toujours pas connu de réponses. C'est le cas de la question d'une application de la modulation dans le temps dans le cadre d'une exception d'illégalité du règlement, question qui se révèle d'une utilité limitée du fait de l'au- torité relative de chose jugée associée à la décision du juge dans ce cadre²¹⁰. Il reste que la jurisprudence démontre que cet exemple n'est pas seulement hypothétique puisque la question de la liaison du pouvoir de modulation à un contentieux de nature préjudicielle s'est posée à la CJUE à propos des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité. La Cour a d'abord reconnu l'autorité de chose interprétée

²¹⁰ V. sur cette question, J.-H. Stahl et A. Courrèges, *op. cit.*, p. 445. C'est également l'avis de C. Landais et F. Lenica: « posée dans cette seule perspective minimaliste, la question ne revêt (...) pas un immense intérêt », *op. cit.*, p. 1190 ; La question de la modulation dans le temps appliquée à l'exception d'illégalité dans le cas où l'annulation se fonde « en tant que de ne pas », a néanmoins pu se poser au rapporteur public, mais cette solution n'a pas été retenue, v., CE, sect., 25 févr. 2005, n° 253593 et la note de C. Landais et F. Lenica, « Le juge, la gomme et le crayon », AJDA 2005. 1002.

attachée à ses arrêts préjudiciels²¹¹ puis a affirmé l'effet *erga omnes* des arrêts rendus en appréciation de validité²¹². Dans ce contexte, un conflit est né en 1980 lorsque la Cour, sur renvoi préjudiciel de la France, avait limité dans le temps les effets de sa déclaration d'invalidité en se fondant par analogie sur le texte du traité relatif au pouvoir de modulation pour le recours en annulation, dans le cadre du contentieux de l'invalidité²¹³. Les données étaient pourtant foncièrement diffé- rentes dans les deux contentieux, puisque l'effet différé – dans le contexte du renvoi – aurait conduit à imposer aux États les effets qu'ils doivent accorder aux décisions de la Cour²¹⁴. De plus, en ne réservant pas le sort des affaires en cours, la CJUE avait entraîné une vive réaction de la Cour constitutionnelle ita- lienne²¹⁵, ce qui l'a finalement amené à nuancer sa position²¹⁶.

Cette question de l'application du pouvoir de modulation dans le cadre de contentieux par voie d'exception s'est également posée au Conseil d'État belge. En droit belge, lorsque le juge administratif se prononce sur une exception d'illégalité²¹⁷, les actes individuels pris sur le fondement de l'acte réglementaire sont également susceptibles d'être attaqués devant le juge judi- ciaire. La Cour constitutionnelle belge s'est prononcée sur cette

²¹¹ CJCE, 27 mars 1963, aff. 28 à 30/62, *Da Costa*, Rec. CJCE p. 59.

²¹² CJCE, 13 mai 1981, aff. 6/80, *SpA International Chemical Corporation*, Rec. CJCE p. 1191.

²¹³ CJCE, 15 oct. 1980, aff. C-145/79, *Roquette*, Rec. CJCE p. 2917.

²¹⁴ Cette démarche pouvait paraître acceptable dès lors qu'elle était mise en lien avec le rôle d'interprète authentique du Traité de la Cour de justice, v., B. Genevois, concl. sous CE, sect., 26 juill. 1985, *ONIC*, AJDA 1985, spéc. p. 619.

²¹⁵ Cour constitutionnelle italienne, 21 avr. 1989, *Fragd*.

²¹⁶ CJCE, 26 avr. 1994, aff. C-228/92, *Roquette Frères*, Rec-I CJCE p. 1445, pt 25.

²¹⁷ L'art. 159 de la Constitution dispose que « Les cours et tribunaux n'appli- quent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois ».

articulation et a jugé cette procédure conforme tout en précisant que le maintien, par le Conseil d'État, des effets d'un acte réglementaire annulé impliquait que le juge saisi du contrôle incident de légalité du règlement ne puisse plus écarter cet acte du litige²¹⁸. Une telle hypothèse n'est assurément pas théorique et son application effective mériterait d'être solidement pensée, même si le droit comparé démontre qu'elle n'est pas à exclure.

Une autre question n'a pas été résolue par les dix ans d'application d'AC!. C'est le cas des craintes de la doctrine quant à l'affaiblissement possible de l'engagement de la responsabilité de la personne publique du fait de la modulation des effets de l'annulation²¹⁹. Les premiers commentateurs avaient déjà démontré qu'une telle recherche n'était d'ailleurs pas dépendante de conclusions centrées sur l'illégalité du texte²²⁰.

Certaines implications attendues de la jurisprudence méritent encore d'être examinées du fait de leur importance sur un plan théorique et parce qu'elles faisaient partie des objectifs majeurs de l'émergence du pouvoir de modulation. C'est le cas de l'impact de la jurisprudence sur les validations législatives.

Si la jurisprudence AC! a comme objet clairement identifiable d'éviter les lois de validation, il est important de vérifier si elle est, à elle seule, susceptible d'endiguer le recours à ces lois. D'un type particulier, elles peuvent être définies comme des « intervention(s) du législateur qui, par un texte modifiant rétroactivement l'état du droit, résultant notamment

²¹⁸ Arrêt n° 18/2012 du 9 févr. 2012.

²¹⁹ C'est le cas de Ch. Guettier, « La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif aura d'ailleurs cet effet paradoxal que tout en incitant l'administration à faire preuve occasionnellement d'un certain laxisme dans le respect de la légalité à l'occasion de la prise d'actes administratifs, celle-ci n'aura pas à en rendre compte », *op. cit.*, p. 506.

²²⁰ V., P.-L. Frier, *op. cit.*, p. 36 ; v. égal., J.-H. Stahl et A. Courrèges qui écrivent qu'« un dispositif d'annulation différée ne saurait avoir pour conséquence d'interdire de rechercher la responsabilité des collectivités publiques », *op. cit.*, p. 452.

de décisions de justice, permet de réputer réguliers des actes juridiques, nés ou à venir, dont la légalité risque d'être mise en cause devant une juridiction »²²¹. Sévèrement contrôlées quant à leur nécessité²²², ces lois de validation ont pu apparaître particulièrement dommageables à la garantie du principe de séparation des pouvoirs autant qu'à l'autorité des décisions juridictionnelles. Aussi, en appréciant lui-même les conséquences dommageables de la rétroactivité de ses décisions, le juge administratif avait laissé penser que le pouvoir de modulation réduirait les lois de validation. Pourtant, les régulations *a posteriori* de certaines conséquences des annulations de la décision, qui sont les premières visées par la jurisprudence AC!²²³, ne sont pas nécessairement amenées à disparaître²²⁴. La jurisprudence AC! a tout de même incontestablement réussi à réduire les validations législatives qui, de par le contrôle sévère qu'elles subissent par ailleurs, ne sont amenées à être rien de plus qu'un outil de dernier recours.

Toutefois, l'application de la jurisprudence AC! peut être de nature à conduire le législateur à valider les conséquences d'une annulation lorsque l'administration a failli dans la régularisation de la situation juridique liée à l'annulation²²⁵. Un cas topique d'illustration de cette problématique peut déjà être répertorié. L'application de la jurisprudence AC! au système de rémunération pour copie privée a conduit à un imbroglio législativo-juridictionnel. On sait que la jurisprudence peut s'appliquer aux actes réglementaires ou

²²¹ J. Massot, *Répertoire de Contentieux administratif – Validations législatives*, Dalloz, juin 2012.

²²² V., au titre du contrôle par le Conseil constitutionnel, Cons. const., 22 juill. 1980, n° 80-119 DC, *Loi de validations d'acte administratif*, Rec. Cons. const. p. 46.

²²³ V., quant aux différents types de lois de validations B. Mathieu, *Les « validations » législatives, principes constitutionnels et pratique législative*, Economica PUAM, 1987, 329 p.

²²⁴ O. Dubos et F. Melleray *op. cit.*, pt. 7.

²²⁵ Dans ce cas, comme l'écrit P.-L. Frier, « l'existence d'une nécessité d'intérêt général encore plus impérieuse aura à être démontrée », *op. cit.*, p. 33.

individuels ainsi qu'aux actes pris par des autorités administratives indépendantes; cette diversité de personnes publiques concernées par la modulation a été au cœur du problème posé en l'espèce. Dans l'arrêt du 17 décembre 2011, était en cause une décision de la Commission pour copie privée qui était incitée par le juge à prendre une nouvelle décision. Cependant, à la suite du délai de six mois qui lui avait été laissé, elle ne s'était pas prononcée à nouveau. L'administration n'avait pas été suffisamment réactive et c'est à sa défaillance qu'il convient d'imputer le recours à la loi de validation du 20 décembre 2011²²⁶. Emprunts du sentiment d'illégitimité de ce type de lois, plusieurs requérants portèrent devant le juge constitutionnel la question de la nécessité de cette loi de validation au titre de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Tout d'abord, dans le cadre d'une affaire n° 2012-263 QPC²²⁷, les requérants contestaient le I de l'article 6 de la loi de validation que le Conseil constitutionnel déclara conforme. Puis le sort du II du même article fit l'objet d'une nouvelle QPC n° 2012-287²²⁸ qui conduisit à sa censure.

La construction jurisprudentielle peut ainsi se trouver compromise si l'administration n'a pas réagi en temps utile.

2.2.2 Une évolution progressive

L'arrêt du 11 mai 2004 est l'aboutissement de deux évolutions principales, « la valorisation accrue de la sécurité juridique et (...) (le) développement de ce que l'on a pu

²²⁶ Loi n° 2011-1898 du 20 déc. 2011 relative à la rémunération pour copie privée.

²²⁷ Cons. const., 20 juill. 2012, n° 2012-263 QPC, *Syndicat des industries de matériels audiovisuels électroniques - SIMAVELEC*, Rec. Cons. const. p. 386, D. 2012. 1883 ; *ibid.* 2836, obs. P. Sirinelli ; RTD com. 2013. 278, obs. F. Pollaud-Dulian.

²²⁸ Cons. const., 15 janv. 2013, n° 2012-287 QPC, *Société française du radiotéléphone - SFR*, D. 2013. 176; RTD com. 2013. 278, obs. F. Pollaud-Dulian.

nommer le “didactisme judiciaire”²²⁹. En effet, en ouvrant la possibilité de la modulation des effets de l’annulation contentieuse, l’arrêt a conduit le juge à une modernisation considérable de son office; la discussion est connue²³⁰. Il est toutefois possible de s’interroger sur le point de savoir si l’arrêt constitue, à lui seul, la révolution attendue. Il semble que ce soit bien plus « l’art de la suite jurisprudentielle »²³¹ manié par le juge qui ait conduit à la modernisation de son office jusqu’à un pragmatisme plus balancé.

L’arrêt *AC!* est à la fois l’aboutissement d’un processus et le commencement d’un autre.

La modulation des effets dans le temps d’une annulation contentieuse s’inscrit dans un courant d’accroissement des pouvoirs du juge et une évolution de son office vers un pragmatisme certain qui se matérialise par diverses jurisprudences.

La première illustration de cette modernisation de l’office du juge se situe dans l’usage de diverses techniques procédurales lui permettant de ne pas prononcer d’annulation. L’arrêt *AC!* avait été préparé par une réflexion sur la façon d’éviter les conséquences dommageables de la rétroactivité²³². À ce titre, il est possible de citer différentes techniques

²²⁹ O. Dubos, F. Melleray, *op. cit.*, pt 8.

²³⁰ V. à ce sujet, J. Arrighi de Casanova « Les habits neufs du juge administratif », in *Mélanges en l’honneur de D. Labetoulle, Juger l’administration, administrer la justice*, Dalloz, 2007, p. 10 s.; v. égal., J.-M. Sauvé « Un corridor de Vasari... », *op. cit.*, p. 1671.

²³¹ L’expression est empruntée à A. Bretonneau, X. Domino, « De l’art de la suite jurisprudentielle: triptyque contractuel », *AJDA* 2013. 1271 s.

²³² V., les propos de J. Arrighi de Casanova suivant lequel, « contrairement à ce qui a pu être écrit, le juge administratif s’est, de longue date, préoccupé des conséquences de ses décisions d’annulation », in « Rétroactivité et annulation dans l’ordre administratif », in B. Seiller, (dir.) *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Paris, 2007, L’Harmattan, coll. « études juridiques », p. 54.

juridictionnelles comme la neutralisation de motifs²³³, la substitution de base légale²³⁴ ou de motifs²³⁵, mais également le recours à la théorie des formalités procédurales non substantielles affectant l'acte²³⁶. Dans ces cas, l'annulation serait disproportionnée par rapport à la régularisation aisément réalisable des vices affectant l'acte.

Une autre illustration du pragmatisme du juge se retrouve dans un courant plus général²³⁷ manifestant son travail sur l'effet de ses décisions et leur application par l'administration²³⁸. Dans un premier temps, il a admis la possibilité d'enjoindre à l'administration de prendre une mesure nouvelle dans un délai qui lui est imparti.

« Véritable guide de l'exécution de la chose jugée »²³⁹, l'arrêt *Vassilikiotis* du 29 juin 2001²⁴⁰ consistait en une modulation de l'annulation, mais non en un effet différé de

²³³ CE, ass., 12 janv. 1968, n° 70951, *Ministre de l'économie et des finances c/ Mme Perrot*, Lebon p. 39.

²³⁴ CE, sect., 3 déc. 2003, n° 240267, *Préfet de la Seine-Maritime c/ El Bahi*, Lebon p. 479, concl. J.-H. Stahl; AJDA 2004. 202, chron. F. Donnat et D. Casas; D. 2005. 35; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier; RFDA 2004. 733, concl. J.-H. Stahl.

²³⁵ CE, sect., 6 févr. 2004, n° 240560, *Mme Hallal*, Lebon p. 48, concl. I. de Silva ; AJDA 2004. 436, chron. F. Donnat et D. Casas ; D. 2005. 35 ; *ibid.* 26, obs. P.-L. Frier; RFDA 2004. 740, concl. I. de Silva.

²³⁶ V., J.-M. Peyrical, « Le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration. Étude sur la neutralisation et la substitution des motifs », AJDA 1996. 22.

²³⁷ Trouvant son origine dans le décret du 30 juill. 1963 créant la commission du rapport devenue section du rapport et des études.

²³⁸ Ancien art. 2 de la loi du 16 juill. 1980 devenue loi du 8 févr. 1995.

²³⁹ F. Dieu, *op. cit.*, p. 2428.

²⁴⁰ CE, 29 juin 2001, n° 213229, *Vassilikiotis*, Lebon p. 303; AJDA 2001. 1051; *ibid.* 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin.

cette dernière. Quelques jours plus tard, la décision *Titran* du 27 juillet 2001²⁴¹ proposait une abrogation conditionnelle avec effet différé, laissant deux mois à l'administration pour purger l'illégalité de l'acte²⁴². Le juge démontrait ainsi qu'il lui était possible de prescrire à l'administration de poursuivre une procédure régulière²⁴³ ou de respecter les règles de compétence²⁴⁴, dans un délai fixé suite à l'annulation.

La révolution est donc, bien plus, une évolution.

Pour appréhender les avancées auxquelles l'arrêt *AC!* était susceptible de conduire, il convient également de poursuivre son analyse par d'autres décisions. Deux des attentes créées par l'arrêt *AC!* ont été prolongées par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* du 16 juillet 2007; elles consistaient à moduler dans le temps les effets d'un revirement de jurisprudence, ainsi qu'à rapprocher le recours pour excès de pouvoir et le contentieux de pleine juridiction.

La modulation dans le temps des effets de l'annulation avait pu sembler étroitement liée à une modulation des effets des revirements de jurisprudence, les deux questions étant proches sur le point du renforcement de la sécurité juridique²⁴⁵. La modulation des effets d'un revirement pouvait paraître souhaitable afin de conforter le mouvement de sécurisation des

²⁴¹ CE, 27 juill. 2001, n° 222509, *Titran*, Lebon p. 411; AJDA 2001. 1053; *ibid.* 1046, chron. M. Guyomar et P. Collin; D. 2001. 2726.

²⁴² V., M. Guyomar, B. Seiller, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 382.

²⁴³ CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, préc.

²⁴⁴ CE, ss. sect. réunies, 3 mars 2009, n° 314792, préc.

²⁴⁵ V., sur cette question, B. Seiller, « La modulation des effets dans le temps de la règle prétorienne, tentative iconoclaste de systématisation », in *Mélanges en l'honneur de B. Genevois, Le dialogue des juges*, Paris, Dalloz, 2007, p. 977 s.

situations établies²⁴⁶, autant qu’au regard de l’ampleur doctrinale qu’avait pris cette question de la « rétroactivité de la jurisprudence »²⁴⁷ dans la modernisation de l’office du juge. Néanmoins, elle n’a pas été abordée par la jurisprudence *AC!* puisque la modulation des effets des revirements a une identité distincte de la question de la rétroactivité de l’annulation et ses effets. Le débat doctrinal avait d’ailleurs été amorcé auparavant par le juge judiciaire et le résultat de l’application qui en est faite devant le juge administratif est bien plus limité²⁴⁸. Il était alors nécessaire de « parachever la palette des nouveaux outils mis à la disposition du juge »²⁴⁹. Il a fallu attendre le 16 juillet 2007 pour que le diptyque de la modulation des effets de l’annulation et de la rétroactivité de la jurisprudence soit consacré. Cette modulation des revirements pourra être prononcée dans le respect de deux conditions: qu’elle ne porte pas atteinte au « droit fondamental qu’est le droit au recours » ni « aux situations contractuelles en cours »²⁵⁰. La solution de l’arrêt – consistant à prévoir qu’un recours en vue

²⁴⁶ De l’avis de F. Dieu, en effet « La modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence constitue en effet l’une des conséquences possibles de la modulation dans le temps des effets des annulations contentieuses, en particulier lorsqu’un revirement de jurisprudence présente une véritable portée normative », in « La modulation... », *op. cit.*, p. 2434.

²⁴⁷ V., J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968. 15 s.

²⁴⁸ Sur ce rapport, brièvement dénommé rapport *Molfessis* (*Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005), v., études de S. Amrani-Mekki, C. Attias, J.-L. Aubert, X. Bachellier et N.-N. Jobard-Bachellier, M.A. Frison-Roche, Ph. Malinvaud, F. Melleray, J. Moneger et Y.M. Sernet, « À propos de la rétroactivité de la jurisprudence », *RTD civ.* 2005. 293 s.

²⁴⁹ C. Landais, F. Lenica, « Même si elle est, par construction, totalement muette sur ce point qui était hors de son champ, la décision *AC!* pourrait bien n’être à terme que le premier tableau d’un diptyque fixant les contours des nouveaux pouvoirs dont doit disposer un juge moderne », *op. cit.*, *AJDA* 2004. 1191.

²⁵⁰ CE, ass., 16 juill. 2007, n° 291545, *Société Tropic Travaux signalisation*, Lebon p. 360, concl. D. Casas; *AJDA* 2007. 1577, chron. F. Lenica et J. Boucher; *ibid.* 1497, tribune S. Braconnier; *ibid.* 1777, tribune J.-M. Woehrling; D. 2007. 2500, note D. Capitant; *RDI* 2007. 429, obs. J.-D. Dreyfus; *ibid.* 2008. 42, obs. R. Noguellou; *ibid.* 2009. 246, obs. R. Noguellou; *RFDA* 2007. 696, concl. D. Casas; *ibid.* 917, étude F. Moderne; *ibid.* 923, note D. Pouyaud;

de la contestation de la validité d'un contrat est ouvert devant le juge du plein contentieux aux concurrents évincés – avait été réservée aux seuls contrats conclus postérieurement à l'arrêt. Cette simple mention revenait ainsi sur la rétroactivité traditionnelle de la jurisprudence²⁵¹. À ce titre, l'arrêt *Tropic Travaux* est une « transposition, en matière contractuelle, de ce qui existe en matière d'actes unilatéraux »²⁵²: il poursuit la philosophie de l'arrêt *AC!* qui consiste à tenir compte des « effets excessifs »²⁵³ des décisions. Cette attitude nouvelle du juge administratif préserve la sécurité juridique érigée, quelques mois plus tôt, en principe

ibid. 935, étude M. Canedo-Paris; RTD civ. 2007. 531, obs. P. Deumier; RTD eur. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar; GAJA, 19e éd., 2013, p. 905.

²⁵¹ Ceci « afin d'éviter que l'annonce de cette nouvelle voie de recours contre les contrats administratifs suscite un raz-de-marée contentieux de la part des candidats malheureux à une procédure contractuelle et que toutes les conventions dont la conclusion a été publiée depuis moins de deux mois, et dont l'exécution a déjà commencé, ne se trouvent ainsi excessivement fragilisées », in M. Canedo-Paris, « Contrats administratifs et sécurité juridique: nouvelles avancées jurisprudentielles », RFDA 2007. 950.

²⁵² *Ibid.*

²⁵³ Qui seraient ici apportées aux relations contractuelles; v., quant à cette préservation des relations contractuelles CE, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*, préc.; v., sur cette question F. Moderne, « Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence », RFDA 2007. 917, spéc. 922.

général du droit²⁵⁴. Ce principe compte au titre des impératifs du juge et constitue également une clé de la consolidation de ses pouvoirs²⁵⁵, dont il lui appartient d'user avec parcimonie²⁵⁶.

Quant à la possibilité éventuelle d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir aux contrats, elle a été clairement rejetée par l'arrêt *Tropic Travaux* qui apporte, encore une fois, une solution au questionnement posé par l'arrêt *AC!*²⁵⁷. Il était en effet probable que cette ouverture puisse avoir lieu²⁵⁸ en raison du rapprochement progressif entre le recours pour excès de pouvoir et le plein contentieux. La modulation des effets dans le temps permet effectivement au juge de l'excès de pouvoir de disposer d'outils afin de mieux préciser les

²⁵⁴ CE, ass., *Société KPMG*, préc. ; la consécration de ce PGD « ne pouvait que favoriser une réflexion sur le même sujet », in F. Lenica, J. Boucher, « Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: « *Never say never* » », AJDA 2007. 1577; Citons également D. Pouyaud pour qui les deux principes sont liés: « respecter le principe de sécurité (...) implique alors la poursuite de l'exécution du contrat », in « Un nouveau recours contentieux : le recours en contestation de la validité du contrat à la demande du concurrent évincé », RFDA 2007. 934.

²⁵⁵ V., F. Lenica et J. Boucher qui parlent de « consécration d'un nouveau pouvoir du juge, consistant à déterminer la date d'effet de la nouvelle règle jurisprudentielle qu'il dégage », *op. cit.*, p. 1585.

²⁵⁶ Puisque « l'arrêt *Association AC!* ne reconnaît au juge un pouvoir de modulation des effets d'une annulation contentieuse qu'« à titre exceptionnel » (...). On peut donc penser que le juge administratif n'utilisera de son pouvoir de modulation des effets d'un revirement de jurisprudence que de façon mesurée ». On partage néanmoins également l'avis de M. Canedo-Paris qui poursuit, « Il faut bien constater, cependant, que la rigueur rédactionnelle de l'arrêt *Association AC!* ne se retrouve pas dans la formulation de la décision commentée », *op. cit.*, p. 944.

²⁵⁷ D'après F. Dieu « la consécration, au profit du juge de l'excès de pouvoir, d'un pouvoir de modulation des effets des annulations contentieuses devrait conduire à supprimer le maillon intermédiaire que constitue le juge de l'exécution en permettant au juge de l'excès de pouvoir d'enjoindre à une partie au contrat de saisir le juge compétent afin d'en constater la nullité », *op. cit.*, p. 2432.

²⁵⁸ V., D. Capitant, « Simplification des recours contre les contrats administratifs », D. 2007. 2500.

effets de sa décision²⁵⁹, au point d'accentuer la proximité des deux contentieux quant au pouvoir de « réformation » dont disposait, jusqu'alors, seul le juge du plein contentieux²⁶⁰. La question d'un « mouvement de fusion des offices »²⁶¹ avait été posée²⁶².

L'arrêt *Tropic Travaux* a pourtant clairement rejeté cette voie. Ce rejet se trouve explicité par les conclusions de D. Cassas portant sur l'inspiration exceptionnelle de la jurisprudence *AC!* et dont l'admission du recours pour excès de pouvoir contre les contrats aurait signé le coup d'arrêt²⁶³. La palette d'outils dont dispose le juge de plein contentieux semblait également la mieux adaptée au nouveau recours des concurrents évincés²⁶⁴.

²⁵⁹ Comme l'écrivent O. Dubos et F. Melleray, « Une des principales réserves formulées à l'encontre d'une telle évolution portait sur la brutalité des effets d'une annulation. Ne peut-on dès lors imaginer que cet obstacle est désormais levé? », *op. cit.*, pt 52; c'est également l'avis de P.-L. Frier: « L'arrêt *Association AC!* apporte une nouvelle contribution au rapprochement des contentieux de l'excès de pouvoir et de pleine juridiction puisque l'annulation pour excès de pouvoir a désormais des conséquences moins automatiques », *op. cit.*, p. 34.

²⁶⁰ J.-M. Sauvé, écrit qu'« il est clair qu'en adoptant la jurisprudence *AC!*, le Conseil d'État reconnaît au juge de l'excès de pouvoir un pouvoir d'abrogation, au surplus, à effet différé, que seule l'administration et le juge de plein contentieux pouvaient jusque là exercer », in « Un corridor de Vasari... », *op. cit.*, p. 1671; v. égal., les développements qu'y consacrent C. Landais et F. Lenica, *op. cit.*, AJDA 2004. 1889.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 1890.

²⁶² V., O. Dubos et F. Melleray, *op. cit.*, pt 45.

²⁶³ Comme l'écrit D. Pouyaud, « L'annulation sur recours du concurrent évincé a le même effet rétroactif, mais le juge du contrat n'aura pas à mettre systématiquement en œuvre la jurisprudence *AC!* puisqu'il dispose d'autres sanctions. (...) Il n'aurait pas eu à sa disposition toute la palette de sanctions qui, par définition, sont l'apanage du seul juge de pleine juridiction », *op. cit.*, p. 936.

²⁶⁴ F. Moderne écrit: « Il a opté, on le sait, en faveur d'un recours de plein contentieux, ouvert aux seuls concurrents évincés, quitte à donner au juge saisi une ample panoplie de moyens pour combattre les illégalités et en réduire les conséquences », *op. cit.*, p. 917.

Le rapprochement des deux contentieux n'a ainsi pas été signé par l'arrêt *AC!* mais plutôt par l'arrêt *Tropic Travaux*²⁶⁵. Bien qu'il en rejette le principe, ce dernier contribue effectivement à poursuivre ce mouvement, tant il semble que l'idée suivant laquelle le juge de l'excès de pouvoir ne se préoccupe pas de l'efficacité de ses décisions est aujourd'hui dépassée²⁶⁶.

Le juge a ainsi été conduit à justifier son pragmatisme en usant délibérément de nouveaux pouvoirs. Dans cette évolution, l'arrêt *AC!* occupe une place de choix²⁶⁷ mais il ne doit pas être analysé comme la première ou la dernière pierre de l'édifice. En d'autres termes, « audace et pragmatisme: tels sont les mots qui (...) viennent à l'esprit pour caractériser la manière dont le Conseil d'État a (...) endossé » les « habits neufs » qui sont aujourd'hui, plus que jamais, les siens²⁶⁸.

Synthétiser les apports des différentes applications ne peut donner qu'une vision relativement partielle des pouvoirs du juge dans chaque espèce. La frontière n'est toujours pas aisée, dix ans plus tard, pour savoir où fixer le seuil de distinction entre ce qui est

²⁶⁵ V., la dernière évolution de la jurisprudence relative au recours des tiers, CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, à paraître au Lebon; AJCA 2014. 80, obs. J.-D. Dreyfus; AJDA 2014. 764; *ibid.* 1035; *ibid.* 945, tribune S. Braconnier, chron. A. Bretonneau et J. Lessi; D. 2014. 1179, obs. M.-C. de Montecler, note M. Gaudemet et Angélique Dizier; RDI 2014. 344, obs. S. Braconnier; RFDA 2014. 425, concl. B. Dacosta; *ibid.* 438, note P. Delvolvé.

²⁶⁶ De l'avis de D. Capitant, « Le temps n'est plus où l'on pouvait opposer un contentieux objectif largement ouvert mais aux effets essentiellement platoniques et un contentieux subjectif plus sélectif mais plus efficace », *op. cit.*, p. 25000.

²⁶⁷ (265) S. Daël et A. Courrèges écrivent, « s'il n'en fallait retenir qu'un seul, il faudrait l'élire à toutes voix. En permanence l'action du juge administratif est tendue vers la recherche d'un équilibre entre la défense de la légalité et la préservation de la sécurité juridique. De ces compromis temporaires les décisions CE *AC!* de 2004 et *ATOM* de 2009 sont la tardive mais certes pas l'ultime expression: car c'est bien d'une synthèse en mouvement qu'il s'agit et cela irrémédiablement et heureusement », *Contentieux administratif*, 4e éd., 2013, PUF, coll. « Thémis », p. 381.

²⁶⁸ J. Arrighi De Casnova, « Les habits neufs... » *op. cit.*, p. 19.

manifestement disproportionné au regard des effets rétroactifs de l'annulation et ce qui ne l'est pas²⁶⁹; c'est toute la problématique de la mise en œuvre d'un bilan de proportionnalité au stade de l'appréciation des effets de la décision d'annulation. Ainsi, « il ne suffit plus au demandeur de démontrer l'excès de pouvoir, il lui faut aussi prendre en compte les différentes possibilités de "régularisation" et de modulation qui peuvent limiter, voire réduire à néant les effets de l'illégalité »²⁷⁰.

En dix ans d'exercice, la jurisprudence *AC!* a rempli ses objectifs. Le juge n'a toutefois pas encore abandonné le caractère exceptionnel du raisonnement motivant la modulation en lui conservant la rigueur initiale qui anime chaque utilisation. Le Conseil d'État a néanmoins été fréquemment conduit à justifier le recours à l'exception dont on peut se demander si elle ne pourrait pas devenir la règle ? Telle est la question à laquelle il faudra répondre... en 2024.

²⁶⁹ De l'avis de J.-C. Bonichot, « la question de savoir ce qu'il faut faire lorsqu'un acte est illégal et qu'on en demande la suppression peut, contrairement à ce qu'on pourrait penser, s'accommoder de différentes réponses. Elles sont fonction de l'époque, du système juridique en vigueur, des attentes des justiciables, des mœurs et des besoins de l'État », in « L'arrêt *AC!* : évolution ou révolution? », AJDA 2004. 1054.

²⁷⁰ P.-L. Frier, *op. cit.*, p. 32.

**LES EFFETS DE LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ
SUR L'ORDONNANCEMENT JURIDIQUE¹**

(JUN 2015)

Bertrand SEILLER²

SOMMAIRE

1. INTRODUCTION

2. LES EFFETS SUR L'ACTE DECLARE ILLEGAL

2.1 La non-disparition de l'acte

2.1.1 La disparition n'est pas demandée

2.1.2. La disparition ne peut être demandée

3. L'INAPPLICABILITÉ DE L'ACTE AU LITIGE

3.1 L'inapplication de l'acte au litige, seul but de l'exception d'illégalité

3.2 L'inapplicabilité de l'acte au litige, seule conséquence de la déclaration d'illégalité

4. LES EFFETS SUR LE DROIT DÉSORMAIS APPLICABLE

**5. LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ NE FAIT PAS REVIVRE LE
DROIT ABROGÉ**

5.1 Le principe

5.2 La portée du principe: l'applicabilité du droit non abrogé

5.3. Les exceptions

¹ Reproduction de l'étude paru sur la Revue Française de Droit Administratif, juillet - août 2014, p. 721 - 734.

² Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

6. LE DROIT APPLICABLE EST DÉTERMINÉ PAR L'ADMINISTRATION

1. INTRODUCTION

Observer les effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique, c'est d'abord rechercher les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte qui en est l'objet. Vaut-elle annulation et le fait-elle disparaître de l'ordonnancement juridique rétroactivement? Ou ses particularismes structurels dictent-ils des conséquences spécifiques?

« Ce problème, en vérité le plus aigu, n'a été soulevé que récemment »³ et a connu un rebondissement à l'occasion d'une affaire jugée par la Section du contentieux au printemps dernier⁴

Bien que l'arrêt ne porte que sur le problème particulier de la portée éventuellement rétroactive de l'acte par lequel l'administration réagit à la déclaration d'illégalité, cette affaire invite à réexaminer globalement la question de l'incidence de cette dernière sur l'acte administratif concerné.

Un débat ancien divise la doctrine quant à l'assimilation de la déclaration d'illégalité à une annulation.

³ G. PEISER, *Les conséquences de la reconnaissance par le Conseil d'État de l'exception d'illégalité d'un acte administratif par voie d'exception*, Mélanges Auby, p. 277.

⁴ CE, sect., 28 avr. 2014, n° 357090, Mme Anschling et autres, à publier au Lebon; AJDA 2014. 886; ibid. 1264, chron. A. Bretonneau et J. Lessi; RFDA 2014. 512, concl. M.-A. de Barmon.

Puisqu'est en cause une éventuelle similitude entre les incidences sur l'acte administratif concerné de ces deux appréciations juridictionnelles, il importe de comparer préalablement leur effets.

Dans les deux cas, le juge procède manifestement à un constat de l'illégalité de l'acte litigieux. Cette illégalité est, hors le cas marginal de la théorie de l'illégalité par suite d'un changement de circonstances, constatée *ab initio*. Elle est rétroactivement établie. Mais cette rétroactivité ne suffit pas à établir l'identité entre l'annulation et la déclaration d'illégalité. «Le caractère rétroactif des effets d'une déclaration d'invalidité n'a pas pour conséquence de l'assimiler à une annulation; simplement, le juge national est autorisé à donner un effet rétroactif à l'inopposabilité de l'acte qui devient inapplicable rétroactivement à la situation juridique qui fait l'objet du litige»⁵.

En effet, du constat initial de l'illégalité, diverses décisions juridictionnelles peuvent découler, selon le type de recours et la demande soumise au juge. Ce dernier «en un premier temps et face à une illégalité se borne à la constater. Il peut ensuite refuser de l'appliquer au cas d'espèce, enfin le faire disparaître de l'ordonnancement juridique ou, parfois, en réparer les conséquences»⁶.

Selon la présentation classique, dans le cas d'une déclaration d'illégalité, «c'est une appréciation qui est formulée, ce n'est pas une annulation qui est prononcée»⁷.

⁵ R. KOVAR, «*Cour de Justice, Recours préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité, effet des arrêts préjudiciels de la Cour de justice* », J.-Cl. Europe, 1995, Fasc. 362.

⁶ H. LABAYLE, « *La Cour de justice des communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité* », RTD eur. 1982. 484.

⁷ BOURDON, rapp. sur Crim., 4 déc. 1930, Abbé Gautrand, D. 1931. 33.

« Statuer sur l'exception d'illégalité constitue assurément un acte juridictionnel puisqu'il y a contestation sur la légalité d'un acte. Or, si l'acte est illégal, la constatation de l'illégalité et de la non-valeur de l'acte est formulée simplement en vue d'établir que l'acte ne doit pas recevoir d'application dans l'affaire en cause. Il ne s'agit pas de prononcer son annulation... On est en présence d'un acte juridictionnel sans décision et qui ne comporte qu'une constatation»⁸.

Si les différences procédurales opposant annulation et déclaration d'illégalité peuvent influencer sur la portée de ces deux décisions quant au sort de l'acte, il est nécessaire de le démontrer.

D'autant plus qu'existent d'autres convergences entre elles.

Une illégalité constatée par un juge ne peut, quelle que soit sa forme, rester sans lendemain: l'administration est tenue désormais de ne plus appliquer l'acte qui en est entaché.

Certes, il est possible de rattacher cette obligation à des fondements distincts. À la suite de son annulation par le juge administratif, l'acte ne doit plus être mis en oeuvre, pour assurer le respect de l'autorité absolue de la chose jugée qui s'attache à cette condamnation. C'est, plus largement, le principe selon lequel l'administration doit s'abstenir d'appliquer un règlement illégal qui paralyse les effets de l'acte déclaré illégal. Le principe a été posé par un fameux arrêt Ponard: « il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal »⁹ et son respect est constant¹⁰.

⁸ R. BONNARD, *Le contrôle juridictionnel de l'administration*, p. 83.

⁹ CE, sect., 14 déc. 1958, p. 554.

¹⁰ V. pour une application antérieure, CE, 1er févr. 1851, Richard de Vesvrottes, Lebon p. 81 et pour des applications postérieures, CE, 8 janv. 1960, Laiterie Saint Cyprien, Lebon p. 10; CAA Lyon, 13 mars 1990, n° 89LY01084, Commune de La Ciotat, Lebon p. 421.

Deux précisions sont à apporter.

D'une part, le respect dû aux droits acquis limite le champ d'application du principe aux actes réglementaires, seuls à ne pas créer de tels droits aux yeux du juge administratif. L'administration ne peut donc refuser de donner ses pleins effets à un acte individuel définitif en arguant de son illégalité. Cette exception d'illégalité sera irrecevable¹¹.

D'autre part, l'administration peut, à ses risques et périls, persister dans l'utilisation de l'acte déclaré illégal. Dès lors qu'un recours n'est pas exercé, ses décisions s'appliqueront et devront être respectées. « Cette situation [est] absurde pour tout esprit juridique cohérent et rationnel. On ne peut, sans heurter le bon sens pratique, reconnaître à un juge la capacité de censurer, par voie d'exception certes, un règlement qu'il estime manifestement illégal, et permettre à ce dernier de produire des effets, censurés ou non, à la faveur de recours juridictionnels hypothétiques »¹².

Cette restriction des effets du principe de non-application des règlements illégaux a, toutefois, son pendant en cas d'annulation. L'application d'un acte annulé par le juge, si elle constitue une illégalité, ne rend pas la décision de l'administration inexistante. De ce fait, en l'absence de recours exercé dans les délais, l'acte d'application doit être respecté. Cela constitue une évidente atteinte au principe de disparition de l'acte annulé.

Il est, en théorie, réputé n'être jamais intervenu, mais peut donner lieu à des applications devenant incontestables par le seul écoulement des délais de recours. Cette conséquence aberrante est malheureusement inévitable: considérer comme inexistantes les actes pris en application d'un acte annulé et disparu rétroactivement conduirait à remettre en cause tant les actes postérieurs que les actes antérieurs à l'annulation. Or il est délicat de

¹¹ V. par ex., CE, 20 mai 1949, *Mélamède*, Lebon p. 735.

¹² D. BOUTET, « *Quelques problèmes concernant les effets de l'exception d'illégalité* », RD publ. 1990. 1735.

qualifier ainsi des décisions prises sur le fondement d'un acte qui, à l'époque, était tenu pour légal.

Des similitudes unissent donc l'annulation et la déclaration d'illégalité. L'une comme l'autre procèdent du constat de l'illégalité d'un acte et ont pour conséquence l'interdiction de l'appliquer.

Cependant, les fondements de cette interdiction diffèrent.

En cas d'annulation, elle est imposée par la disparition rétroactive de l'acte: ce dernier est réputé n'être jamais intervenu.

Il ne saurait dorénavant être appliqué sans heurter l'autorité de la chose jugée. Plus grave encore, sa disparition ab initio replace automatiquement l'administration, le juge et les particuliers, dans la situation juridique qui existait avant son édicton. « Par son essence, l'annulation est tournée vers le passé. Elle rétablit l'état du droit qui existait l'instant précédent celui où l'acte annulé a été pris (...). On peut donc dire que l'annulation a un effet simplement déclaratif ou reconnaissant, puisqu'elle vise essentiellement à déclarer maintenu ce qui était avant la confection de l'acte annulé»¹³.

Tel est bien le sens de la jurisprudence. L'annulation d'un acte en abrogeant un autre permet à ce dernier de s'appliquer à nouveau¹⁴. Le résultat est, en fait, similaire à celui d'un retrait.

Une déclaration d'illégalité d'un acte administratif produit-elle les mêmes effets?

¹³ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952.

¹⁴ CE, 13 oct. 1976, n° 00803, Fédération autonome de l'aviation civile, Lebon p. 405; CE, 15 févr. 1980, n° 08596, Association pour la protection du site du vieux Pornichet, Lebon p. 84; JCP 1980, II, 19375, concl. B. Genevois; AJDA 1980. 291, chron. Robineau et Feffer.

La question n'est pas inopportune. Certes, seule importe à la partie qui invoque ce moyen la mise à l'écart de l'acte dans un litige qui ne porte pas, au principal, sur son existence. Il semble inutile de donner à la déclaration d'illégalité l'incidence d'une annulation. Cela ne résout pas pour autant la difficulté. «Comme la jurisprudence a consacré l'obligation de ne faire application que d'un texte légal à l'encontre de l'administration, cette dernière se verra ainsi privée de la possibilité d'appliquer toute règle de droit jusqu'à l'édiction d'une norme nouvelle légalement prise»¹⁵.

Que faire alors?

La détermination des effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte en cause est inévitable: l'administration devant disposer d'un texte mais privée du plus récent, doit-elle considérer que la déclaration d'illégalité, comme l'annulation, fait revivre le droit antérieur?

«Considérer que l'acte invalidé demeure ou bien disparaît de l'ordonnancement juridique (comme un acte annulé) s'avère déterminant notamment dans l'hypothèse où l'acte invalidé aurait été abrogatif de dispositions antérieures, susceptibles de renaître dans la seconde hypothèse»¹⁶.

Cette première interrogation quant aux effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte est la plus immédiate. Elle n'est pas unique.

«Il est certes incontesté que la déclaration d'illégalité, de la même manière que l'annulation, rend un règlement inapplicable, inopposable et invocable. Il est plus incertain de savoir quelle légalité alors revit, à la fois d'ailleurs pour déterminer la légalité des actes

¹⁵ D. BOUTET, art. préc.

¹⁶ H. LABAYLE, art. préc.

pris sous l'empire de la réglementation invalidée et pour encadrer les actes futurs dans l'attente d'une nouvelle et hypothétique réglementation»¹⁷.

Ce n'est donc pas seulement pour le futur qu'il convient de s'intéresser au sort de l'acte déclaré illégal. Sa disparition ou son maintien en vigueur décide du sort du litige au cours duquel l'exception est apparue. « Si le juge, par voie d'exception, déclare le règlement illégal et ne l'applique pas en l'espèce, quel texte doit-il appliquer? »¹⁸.

La déclaration d'illégalité, en écartant du débat un acte, autorise-t-elle le juge à se tourner vers le droit antérieur et à examiner la conformité de l'acte qui lui est soumis au principal au regard de ce droit ressuscité? En d'autres termes, la déclaration d'illégalité fait-elle disparaître l'acte au profit de son prédécesseur?

La question est d'importance. Elle décide du sort du litige.

Soit la déclaration d'illégalité suffit et permet l'annulation de l'acte d'application ou consubstantiel, soit elle est considérée comme déplaçant le débat en direction du droit précédent. Le juge peut alors annuler l'acte attaqué pour contrariété à ce « nouveau » corpus juridique ou, au contraire, rejeter le recours en opérant une substitution de base légale.

Tels sont les enjeux du sort de l'acte déclaré illégal et plus généralement, des effets de la déclaration d'illégalité sur l'ordonnancement juridique. La déclaration d'illégalité, comme l'annulation, permet-elle d'apprécier le litige au regard du droit antérieur et oblige-t-elle l'administration à n'appliquer désormais que celui-ci? Ou borne-t-elle ses effets à une mise à l'écart occasionnelle de l'acte, complétée, en vertu de la jurisprudence Ponard, par une interdiction d'application future? Et en ce cas, quelles sont les possibilités qui s'ouvrent

¹⁷ B. PACTEAU, note sous CE, sect. 8 juin 1990, n° 93191, Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar), LPA 9 janv.1991, p. 17.

¹⁸ G. PEISER, art. préc.

à l'administration pour traiter les situations ultérieures, voire, comme dans l'affaire Anschling, les situations antérieures?

Pour tenter de répondre simplement à cette dernière question, il convient d'étudier d'abord les deux précédentes. Les effets de la déclaration d'illégalité sur l'acte, qui déterminent largement ses effets sur le droit désormais applicable, appellent un examen préalable.

2. LES EFFETS SUR L'ACTE DÉCLARÉ ILLÉGAL

Malgré les similitudes précédemment décrites qui les unissent, la déclaration d'illégalité et l'annulation ne sauraient être assimilées. Portant une même appréciation rétroactive sur la légalité de l'acte et impliquant qu'il ne soit pas appliqué, elles ne produisent pas, à son égard, les mêmes effets. L'acte déclaré illégal n'est pas annulé. Il ne disparaît pas mais est seulement inapplicable en l'espèce.

2.1 La non-disparition de l'acte

Il importe désormais de considérer, non plus ce qui unit, mais ce qui distingue la déclaration d'illégalité de l'annulation. Des obstacles insurmontables interdisent de donner à la première le principal effet de la seconde, c'est-à-dire la disparition de l'acte.

Faire disparaître l'acte déclaré illégal serait outrepasser ce qui est demandé au juge, et, plus encore, ce qui peut lui être demandé.

2.1.1 La disparition n'est pas demandée

Qu'elle soit invoquée par le demandeur à l'appui de son recours ou par le défendeur pour en obtenir le rejet, l'exception d'illégalité est toujours un débat incident à l'action.

Seule importe l'issue de cette dernière. Ainsi, en cas de recours pour excès de pouvoir ou de plein contentieux objectif, une disparition est bien recherchée mais seulement celle de l'acte visé au principal. Pareillement, en cas de recours de plein contentieux en responsabilité, si une annulation est poursuivie, il s'agit seulement de celle de la décision de

refus d'indemniser le préjudice né de l'illégalité de l'acte dont il est excipé. Cette annulation justifie le prononcé de dommages-intérêts.

En toute hypothèse, l'exception d'illégalité ne constitue qu'un moyen parmi d'autres à l'appui du recours. Son objet n'est pas de conduire à l'annulation de l'acte en cause mais d'influer, positivement ou négativement, sur le sort de l'action. Dès lors, il suffit au plaideur que l'éventuelle déclaration d'illégalité borne ses effets à cela. Son annulation lui est indifférente au regard de l'espèce.

Cependant, il peut être tentant pour lui de profiter du recours exercé pour obtenir la suppression de l'acte source du litige. Non content d'un simple succès sur l'action, il peut souhaiter voir tirer pleinement les conséquences du raisonnement et donc de la déclaration d'illégalité qui en constitue une étape. En un mot, le recours principal pourrait être, à ses yeux, l'occasion de « faire d'une pierre deux coups ».

Il n'est guère surprenant de constater la rareté de telles conclusions. Soulevée devant le juge administratif, l'exception d'illégalité n'est jamais assortie de conclusions tendant à obtenir la disparition de l'acte. La tentation est, en revanche, plus grande lorsque, invoquée devant un juge judiciaire incompétent pour en connaître, l'exception est soumise, après sursis à statuer de sa part, au juge administratif. Le recours en appréciation de validité qui le saisit est formé par la partie intéressée. Quoi de plus naturel pour elle que de compléter la question renvoyée par le juge judiciaire par de discrètes conclusions tendant à l'annulation de l'acte en cause?

Elles seront, néanmoins, invariablement rejetées¹⁹. Le raisonnement est simple: pas plus qu'il n'appartient au requérant de modifier le sens de la question renvoyée par le juge

¹⁹ CE, 8 juill.1925, Gourdan, Lebon p. 655. V. égal., CE, ass., 21 oct. 1994, n° 153458, *Société Tapis Saint-Maclou*, Lebon p. 451, concl. J.-C. Bonichot; AJDA 1994. 918; ibid. 874, chron. L. TOUVET ET J.-H STAHL; Dr. soc. 1995. 139, concl. J.-C. Bonichot; RFDA 1995. 689, concl. J.-C. Bonichot.

de l'action et qui seule constitue, au regard du litige dont il est saisi, une question nécessaire et posant une difficulté réelle et sérieuse, pas plus il n'appartient au juge de l'exception de s'écarter de cette question²⁰. Celle-ci détermine strictement le champ de sa compétence.

Elle constitue la demande portée devant lui. S'en écartant, il prononcerait une décision non demandée par le juge du fond. Il statuerait *ultra petita*, ce qui lui est interdit. «Les dispositions (...) étant déclarées illégales dans un litige donné, elles ne sont pas, pour autant, annulées, le juge administratif ne disposant pas du pouvoir d'annuler un acte administratif lorsqu'il est saisi du problème de sa légalité au moyen d'un recours en appréciation de légalité»²¹. Par son objet même, l'exception ne saurait produire les effets de l'action.

Il existe une hypothèse très particulière qui n'est pas une limite au principe présenté. Le juge de l'action, s'il est juge de l'exception et s'il a, en outre, compétence pour statuer sur les recours directs exercés contre l'acte visé par l'exception, peut fort bien, lorsque les délais ne sont pas expirés et que la requête est recevable, réinterpréter l'exception comme tendant, en fait, à l'annulation dudit acte. Semblable raisonnement ne serait pas considéré comme excédant sa compétence. Il statue alors, en effet, en tant que juge de l'excès de pouvoir et l'annulation qu'il prononce n'intervient pas en conséquence d'une déclaration d'illégalité.

En réalité, si le juge ne saurait faire disparaître l'acte, ce n'est pas seulement parce que cela ne lui est pas demandé, mais encore parce que cela ne peut lui être demandé.

2.1.2. La disparition ne peut être demandée

²⁰ CE, 20 janv. 1965, n° 57708, *Courvoisier et Commune de Mesmay*, Lebon p. 39.

²¹ J.-F. LACHAUME, «*La prohibition, par un principe général du droit, des sanctions pécuniaires dans le secteur public*», note sous CE, sect. CE, 1er juill. 1988, n° 66405, *Billard et Volle c/ SNCF*, Dr. soc 1989. 512.

Les règles qui gouvernent les recours tendant à l'annulation des actes administratifs, qu'il s'agisse du recours pour excès de pouvoir ou du recours de plein contentieux objectif, sont strictes. Elles témoignent de la nécessité d'encadrer les possibilités de contestation de ces actes en vue d'assurer « l'équilibre délicat mais nécessaire entre le strict respect des délais de recours contentieux indispensable à la stabilité des rapports juridiques et le souci de ne pas voir se perpétuer, au détriment du justiciable, des illégalités »²².

Assimiler la déclaration d'illégalité à l'annulation, en ce qu'elle ferait disparaître l'acte illégal, permettrait de contourner ces règles et compromettrait gravement cet équilibre. En bref, « cette assimilation est pratiquement dangereuse »²³. Elle est, dès lors, exclue.

L'incompétence probable du juge de l'exception pour annuler l'acte

L'annulation d'un acte administratif ne peut être prononcée par n'importe quel juge. La décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987²⁴ attribue cette compétence aux juridictions administratives, avec rang de principe constitutionnel. Elles seules peuvent prononcer « l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle ».

²² Y. ROBINEAU et M.-A. FEFFER, chron. sous CE, ass., 18 janv. 1980, n° 14397, *Bargain*, *AJDA* 1980. 91.

²³ D. BOUTET, art préc.

²⁴ Cons. const., 23 janv. 1987, n° 86-224 DC, *Rec. Cons. const.* p. 8; RFDA 1990. 698, étude G. Vedel ; *ibid.* 1987. 287, note Genevois et 301, note Favoreu; *AJDA* 1987. 345, note J. Chevallier; *D.* 1988. 117, note Luchaire; *Rev. adm.* 1987. 139, note Villiers; *RD publ.* 1987. 1341, note Y. Gaudemet; *GAJA*, 19e éd. 2013, p. 634.

Que s'applique le principe constitutionnel ou que joue la dérogation qui lui est aménagée par cette même décision, un seul et unique juge est compétent pour statuer sur des recours tendant à l'annulation d'un acte administratif.

Or, en vertu du principe selon lequel le juge de l'action est juge de l'exception, un juge, saisi d'une contestation au cours de laquelle apparaît une exception d'illégalité d'un acte administratif, est compétent pour apprécier lui-même cette question. Dans l'immense majorité des cas, il n'aurait pas eu compétence pour statuer sur le recours en annulation contre l'acte.

Reconnaître à la déclaration d'illégalité le même effet qu'une annulation quant à l'existence de l'acte autoriserait donc le juge de l'action à le faire disparaître alors que normalement un autre juge, en principe administratif, est seul compétent pour ce faire.

Les conséquences de l'assimilation étudiée seraient graves lorsque le juge de l'action, juge de l'exception, est une juridiction judiciaire.

Depuis la loi du 22 juillet 1992²⁵, les juges répressifs ont plénitude de compétence pour statuer sur les exceptions d'illégalité apparaissant devant eux. Serait-il acceptable qu'un simple tribunal de police puisse prononcer la disparition d'un acte individuel, voire d'un règlement, qui plus est, lorsqu'il revêt la forme solennelle d'un décret en Conseil des ministres? La loi du 22 juillet 1992 n'aurait sûrement pas été censurée, si le Conseil constitutionnel en avait été saisi, pour la seule raison que la déclaration d'illégalité, ne supprimant pas l'acte en jeu, n'est pas une annulation.

Il convient donc de borner les incidences de la déclaration d'illégalité. «La reconnaissance de l'illégalité d'un règlement par un tribunal judiciaire a pour effet de permettre à ce tribunal de ne pas tenir compte de ce règlement dans le procès où il est invoqué.

²⁵ Art. 111-5 C. pén.

L'autorité judiciaire ne peut pas statuer sur le règlement lui-même et en prononcer l'annulation»²⁶.

La solution contraire serait également critiquable au sein de l'ordre administratif puisqu'elle permettrait une violation des règles de répartition matérielle ou géographique des compétences. Ainsi, un tribunal administratif pourrait, en le déclarant illégal, faire disparaître un décret dont l'annulation relève du Conseil d'État. Réciproquement, ce dernier pourrait provoquer la suppression d'un acte dont le contentieux est dévolu au juge du premier degré.

Même si ces empiétements ne seraient pas néfastes, tant est homogène la conception de la légalité au sein de l'ordre administratif, ils n'en videraient pas moins de tout leur sens les règles qui, précisément, répartissent les compétences en matière de recours. La disparition de l'acte administratif ne peut pas être demandée puisque le juge de l'action n'est pas, le plus souvent, le juge qui aurait eu connaissance d'un recours direct contre l'acte.

Il se peut, toutefois, qu'il en soit ainsi, dans quelques rares hypothèses. En outre, lorsque, au contraire, le juge de l'action n'est pas juge de l'exception, la question préjudicielle est alors renvoyée au juge compétent sur recours direct.

Dans ces deux cas, les risques de violation des règles de compétence juridictionnelle n'existent pas. Néanmoins, l'acte déclaré illégal ne peut disparaître. D'une part, cela a été noté, l'annulation n'est jamais demandée. D'autre part, les règles de délai de recours s'opposent, le plus souvent, à ce que l'on s'attaque à l'existence même de l'acte administratif. Au regard de ces règles, la disparition ne peut pas plus être demandée.

L'expiration probable du délai du recours contre l'acte

L'obstacle du délai de recours a été le plus étudié par la doctrine. À ses yeux, il justifie que la déclaration d'illégalité ne puisse être assimilée à une annulation. « Les effets

²⁶ RIVES, *L'exception d'illégalité*, Thèse Paris 1908, p. 121.

de l'expiration des délais propres aux recours directs expliquent, en droit interne français, la différence quant à la portée entre le mécanisme de l'exception d'illégalité et le recours pour excès de pouvoir »²⁷.

Le raisonnement est simple. L'exception d'illégalité des règlements, étant perpétuelle, est recevable longtemps après que le recours pour excès de pouvoir ne l'est plus. Reconnaître à la déclaration le même effet sur l'acte qu'une annulation rendrait inutiles les règles de délai de recours. Elle atteindrait à sa base le fragile édifice conçu pour assurer le respect du droit d'ester en justice sans compromettre la nécessaire sécurité juridique.

«Si l'on admettait que l'exception d'illégalité, qui peut être invoquée à tout moment, ait en pratique les mêmes conséquences qu'une annulation contentieuse, on ruinerait la règle des délais de recours »²⁸. Comme le notait avec humour un commissaire du gouvernement, « cet argument est frappant, car il est toujours désagréable à l'honnête artisan de voir renverser sa boîte à outils »²⁹.

Dès 1908 et l'arrêt Poulin, considéré comme le premier arrêt de principe sur le mécanisme de l'exception d'illégalité, la solution paraissait acquise³⁰, même si, moins d'une

²⁷ J.-Y. PLOUVIN, note sous CE, sect., 9 mai 1980, n° 14512, *Office national interprofessionnel des céréales*, AJDA 1980. 535.

²⁸ D. BOUTET, art. préc.

²⁹ H. TOUTEE, concl. sur CE, sect., 8 juin 1990, n° 93191, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, RFDA 1991. 149.

³⁰ CE, 29 mai 1908, n° 25488, Poulin, Lebon p. 581; DP 1910.3.17.

semaine après, le Conseil d'État lui-même considérait que l'exception d'illégalité conduit à l'annulation de l'acte³¹.

Le respect des délais de recours devait néanmoins rapidement prévaloir, comme en témoigne la jurisprudence immédiatement postérieure³². L'arrêt *Riverain et Henry* marqua donc la brève tentation du juge de l'excès de pouvoir d'assimiler la déclaration d'illégalité à une annulation. Elle habita toutefois également le juge du plein contentieux. L'arrêt *Blanc, Argaing et Bézie* du 31 mars 1911³³ admet en effet que la possibilité de demander au juge de la responsabilité la réparation du préjudice né d'une illégalité conduit à l'annulation de l'acte. La solution fut, elle aussi, rapidement abandonnée par des arrêts reconnaissant la recevabilité de l'action en responsabilité pour illégalité d'un acte non attaqué dans le délai du recours pour excès de pouvoir et, surtout, se bornant à en déclarer l'illégalité sans plus l'annuler³⁴.

Un éminent auteur a pourtant exposé que tout risque de bouleversement des principes élémentaires du contentieux est écarté grâce au maintien d'une autorité relative de la déclaration d'illégalité. «Tel n'est pas le cas si du moins la règle demeure que l'annulation pour excès de pouvoir produit effet erga omnes, alors que la décision constatant l'illégalité d'un texte par la voie de l'exception n'a, en principe, que l'autorité relative de la chose jugée et ne vaut que pour les parties au litige »³⁵.

³¹ CE, 3 juin 1908, *Riverain et Henry*, DP 1910.3.17.

³² V., CE, 6 août 1910, n° 24640, *Compagnie des Tramways de Paris et du département de la Seine*, Lebon p. 710.

³³ V., CE, 31 mars 1911, *Blanc, Argaing et Bézie*, S 1912.III.129, note Hauriou.

³⁴ V. notamment, CE 10 mai 1912, *Brindejoint*, Lebon p. 550; CE, sect., 9 août 1928, *Bacon*, Lebon p. 1035.

³⁵ B. GENEVOIS, note préc.

Effectivement, le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée en matière de déclaration d'illégalité peut rassurer, dans la mesure où la disparition de l'acte n'aura pas les effets exacts de l'annulation. Il n'en reste pas moins un doute quant à la possibilité de concevoir la disparition d'un acte administratif à l'égard d'un seul litige. N'est-il pas de la nature même de la disparition d'avoir une portée erga omnes? Peut-on concevoir, au regard du principe d'égalité, qu'un droit soit applicable à l'un et qu'un autre le soit à tous les tiers? Une telle conception paraît difficilement défendable. Si la déclaration d'illégalité n'est dotée que d'une autorité relative, cela n'autorise pas à l'identifier à l'annulation de l'acte mais, bien au contraire, cela constitue un obstacle à une telle identification. En outre, dès lors que la déclaration vaut disparition, les règles de délai sont automatiquement tournées, qu'il y ait ou non autorité relative.

La conclusion s'impose donc. Tant les règles de compétence juridictionnelle que les exigences de recevabilité temporelle interdisent de donner à la déclaration d'illégalité d'un acte l'effet d'une annulation.

Au-delà des obstacles juridiques, qui suffisent à emporter conviction, diverses considérations font douter de l'opportunité d'une solution contraire.

En premier lieu, l'annulation d'un acte n'est pas nécessairement satisfaisante en ce qu'elle provoque la résurrection de celui qu'il avait remplacé. D'une part, le droit antérieur avait été abrogé en raison de son inadaptation. D'autre part, il n'est pas toujours souhaitable qu'il reprenne sa place dans l'ordonnement juridique longtemps après son abrogation. « Les vieux textes, pour être légaux, ne sont pas forcément opportuns. Si on les a abrogés, même par des textes illégaux, c'est souvent pour de bonnes raisons »³⁶.

L'instabilité juridique peut également être source de confusions. « Ne risque-t-on pas, de proche en proche, de remonter le temps en ressuscitant des dispositions parfois très

³⁶ H. TOUTÉE, concl. préc.

anciennes que tous les observateurs s'accordaient à considérer comme définitivement abrogées? »³⁷.

La déclaration d'illégalité encourrait les mêmes reproches si elle devait provoquer la disparition de l'acte. Pire encore, parce qu'elle permettrait une succession de disparitions par le biais de déclarations d'illégalité enchaînées, l'exception d'illégalité serait plus néfaste que l'annulation. Pour cette dernière en effet, la remontée s'arrête au texte immédiatement antérieur.

En second lieu, l'annulation, parce qu'elle fait comme si ce qui a été n'avait pas été, procède d'une fiction. Elle débouche alors sur des situations inextricables et échoue parfois devant le fait irréductible que ce qui a été ne peut disparaître rétroactivement.

Le professeur Weil a finement analysé les conséquences de l'annulation d'un acte et décrit les limites de la fiction juridique en la matière. « Le droit a dû tenir compte du fait: l'acte annulé ne peut pas toujours être réduit à néant comme l'exigerait le principe de la rétroactivité de l'annulation (...). L'annulation ne peut pas faire que cette exécution n'ait pas eu lieu. L'acte annulé est intervenu effectivement, il a bel et bien existé jusqu'à son annulation: cette vérité de fait l'emporte chaque jour davantage sur la vérité de droit selon laquelle un acte nul ne peut produire aucun effet »³⁸.

Les célèbres conclusions du président Odent sur l'arrêt Véron-Réville l'avaient antérieurement exposé. « La règle d'après laquelle un acte annulé est censé n'avoir jamais existé présente ce caractère contradictoire d'être à la fois une nécessité et une fiction. C'est un idéal nécessaire pour tracer à l'administration et au juge leurs directives. Mais c'est une pure fiction, car il n'appartient à aucune puissance humaine d'empêcher que ce qui a existé

³⁷ B. GENEVOIS, note préc.

³⁸ P. WEIL, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, Pédone, 1952, p. 8.

ait existé et d'effacer les inévitables effets qu'ont produits des actes annulés pendant toute la durée précédent leur annulation»³⁹.

Le constat d'échec est alors nécessaire. «Tout ce que l'on peut faire, c'est agir dans l'avenir de manière à créer une situation passée, et il y a là, non pas rétroactivité au sens réel du mot, mais simple projection du passé dans l'avenir»⁴⁰. Ce que l'annulation ne peut malgré sa puissance, comment la modeste exception d'illégalité le pourrait-elle? Comment faire que le constat incident de l'illégalité initiale ou acquise d'un acte puisse résoudre l'ambiguïté fondamentale de l'annulation?

Des obstacles juridiques s'opposent à une solution qui, au surplus, serait source de difficultés infinies. La déclaration d'illégalité, si elle ne fait pas disparaître l'acte, a néanmoins pour conséquence sa non-application au litige.

3. L'INAPPLICABILITÉ DE L'ACTE AU LITIGE

Ne faisant pas disparaître l'acte mais devant avoir une incidence sur l'issue du litige si elle est opérante, l'exception d'illégalité, en cas de succès, a nécessairement un effet sur l'acte. À défaut de sa disparition, cela ne peut être que sa non-application.

Seule celle-ci est visée par la partie qui soulève l'exception d'illégalité. Dès lors, l'unique effet de la déclaration d'illégalité est la mise à l'écart de l'acte en l'espèce.

3.1 L'inapplication de l'acte au litige, seul but de l'exception d'illégalité

³⁹ R. ODENT, concl. sur CE, 27 mai 1949, n° 93122, *Véron-Réville*, Gaz. Pal. 1949, 2, p. 34.

⁴⁰ P. WEIL, op. cit., p. 136.

Il n'est pas difficile de montrer que l'exception d'illégalité ne vise jamais qu'à écarter l'application de l'acte du litige. Il en est ainsi qu'elle soit soulevée par le demandeur ou par le défendeur.

L'exception d'illégalité est, le plus souvent, soulevée par l'attaquant. Le moyen lui est utile en ce que, s'il est fondé, il assurera le succès de son action. Toutefois, le type d'incidence de la déclaration d'illégalité sur le fond dépend du lien unissant l'acte visé à celui dont l'annulation est poursuivie.

Ce lien, caractérisant l'opérance de l'exception, peut être un lien d'application ou un lien de consubstantialité.

Le lien d'application constitue l'hypothèse la plus simple.

L'acte attaqué au principal est un acte d'application de celui dont l'illégalité est excipée. Le moyen vise alors uniquement à obtenir l'annulation de la décision d'application en raison de l'illégalité de l'acte qu'elle met en oeuvre. L'illégalité de ce dernier n'a pu que contaminer la première et seul importe au requérant le constat qu'il n'aurait pas dû être respecté. Comme, précisément, il l'a été, l'acte d'application encourt l'annulation. La déclaration d'illégalité n'est donc qu'un moyen de droit au soutien d'un objectif unique, l'annulation de l'acte attaqué.

Un lien de consubstantialité peut également unir l'acte attaqué au principal et l'acte critiqué incidemment. La liaison est alors plus étroite, plus intime. La légalité du premier dépend de celle du second parce qu'il s'approprie son contenu. Il en est ainsi lorsqu'il en prononce le retrait, l'abrogation, ou lorsqu'il l'approuve, l'homologue. Malgré l'originalité des rapports entre les actes en présence, les effets désirés de l'exception d'illégalité sont identiques à ceux décrits en cas de lien d'application.

Soulevée par le requérant à l'appui de la contestation d'un refus de retrait ou d'abroger, qui témoignent de la volonté de l'administration de persévérer dans l'application de l'acte, l'exception d'illégalité ne vise qu'à faire constater qu'en raison de son illégalité l'acte ne devait plus être appliqué et, en conséquence, qu'à fonder l'annulation du refus de

retrait ou d'abrogation. Il en va de même lorsque l'exception d'illégalité est invoquée à l'appui du recours contre une approbation ou une homologation.

L'exception peut enfin être invoquée dans le cadre d'un recours de plein contentieux, pour faire valoir la faute commise par l'édiction ou l'application d'une norme illégale. Est alors en jeu le seul constat que cette norme n'aurait pas dû être appliquée.

L'administration ayant, par hypothèse, mis en oeuvre l'acte illégal, la déclaration de son inapplicabilité est le seul moyen d'engager la responsabilité de la puissance publique.

La situation est identique en cas d'exception soulevée par le défendeur. Devant un juge répressif, la personne poursuivie en use pour démontrer qu'elle n'a pas commis d'infraction en ne respectant pas un acte administratif illégal. Devant le juge administratif, l'administration, qui est, le plus souvent, en position de défendeur, peut parfois être contrainte d'exciper de l'illégalité d'un acte. Tel est le cas lorsque le requérant en réclame l'application. La puissance publique, pour justifier son refus, est alors conduite à démontrer qu'en raison de son illégalité, l'acte en question ne pouvait être appliqué. Ici encore, seul importe à la partie qui invoque l'exception le constat de son inapplicabilité. Cela vaut quel que soit le lien l'unissant à celui attaqué au principal.

Si les deux actes sont unis par un lien d'application, le fait pour l'administration de contester incidemment la légalité de l'un signifie qu'elle en a refusé l'application à un particulier qui la désirait. Elle tente de se justifier en démontrant que son refus est légal, en raison précisément, de l'illégalité de cet acte. La déclaration d'illégalité est alors pour elle le seul moyen de faire consacrer qu'elle ne devait pas, en l'espèce, appliquer l'acte. De l'hypothèse du refus d'application de l'acte illégal, il convient de rapprocher celle de l'édiction d'une décision qui lui est contraire.

Dans l'un et l'autre cas, le rejet du recours résulte de la déclaration d'illégalité.

La même volonté de faire constater l'impossibilité, pour elle, d'appliquer l'acte motive l'administration à invoquer son illégalité lorsqu'il est uni à celui dont l'annulation est poursuivie par un lien de consubstantialité. Ainsi, la contestation du retrait ou de l'abrogation

d'un acte sera vaine si le juge le déclare illégal. La décision de l'administration de ne plus l'appliquer sera donc légale si, du moins, les conditions du retrait ou de l'abrogation ont été respectées. Le constat est identique en présence d'un refus d'approuver ou d'homologuer un acte.

La puissance publique peut enfin soulever l'exception d'illégalité d'un acte dans le cadre d'un recours en responsabilité exercé contre elle. Il s'agit, là encore, de l'hypothèse dans laquelle il lui est reproché de ne pas l'avoir appliqué et d'avoir, ce faisant, commis une faute, source d'un préjudice. Le seul moyen pour elle d'écarter sa responsabilité est de faire constater qu'elle devait ne pas appliquer l'acte, en raison de son illégalité.

Il ressort de ceci que, quelle que soit la partie qui l'invoque, quel que soit le lien rendant l'exception opérante, l'effet recherché de l'éventuelle déclaration d'illégalité est de justifier l'inapplication de l'acte au litige.

Ce constat doit se limiter à l'espèce soumise au juge puisque, précisément, le recours principal est dirigé contre un acte qui a pris parti sur l'applicabilité. L'unique objet du recours est l'annulation de cet acte, l'unique objet de l'exception d'illégalité est de constater, au regard de ce recours, que l'acte contesté incidemment n'avait pas à être appliqué. Cela commande l'issue du litige et influe logiquement sur l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte.

3.2 L'inapplicabilité de l'acte au litige, seule conséquence de la déclaration d'illégalité

«C'est l'application même du règlement qui a lié le contentieux et c'est le propre de l'exception que de permettre de contester la légalité de cet acte après l'expiration du délai, étant entendu que le succès de l'exception n'a pas d'autre effet que d'écarter l'application du

règlement dans le litige considéré, sans le faire disparaître de l'ordonnancement juridique»⁴¹. Tel est bien le sens de la jurisprudence mais son fondement, pour aussi simple qu'il soit, mérite quelque précision.

Pour la partie qui l'invoque, le moyen qu'est l'exception d'illégalité n'a qu'un objectif: permettre la reconnaissance de la non-applicabilité de l'acte. Est uniquement recherché, positivement s'il s'agit du requérant, ou négativement s'il s'agit du défendeur, le constat de ce que l'acte n'avait pas à être appliqué, de ce qu'il n'était pas applicable.

Le juge, étant lié par les conclusions des parties puisqu'il ne peut statuer *ultra petita*, ne saurait prononcer une décision qui ne lui est pas demandée, et qui, de surcroît, serait inutile à l'issue du litige.

La même interdiction vaut naturellement quant au constat de l'inapplicabilité de l'acte. Ce constat est souhaité par l'une des parties, mais uniquement pour faire aboutir sa prétention. Pour être efficace et répondre à son attente, l'exception d'illégalité doit se résoudre en un simple constat de l'inapplicabilité de l'acte en l'espèce.

Tel est le fondement de la position traditionnelle. Il impose que «le succès de l'exception n'[ait] pas d'autre effet que d'écarter l'application du règlement dans le litige considéré, sans le faire disparaître de l'ordonnancement juridique»⁴².

Logiquement, l'interdiction de statuer *ultra petita* a une conséquence particulière: autant de fois l'acte sera appliqué, autant de fois il conviendra de faire constater son inapplicabilité. Cela résulte de ce que l'effet de la déclaration d'illégalité sur l'acte se limite au constat de son inapplicabilité en l'espèce. N'est donc pas en cause l'autorité de la

⁴¹ A. BACQUET, concl. sur CE, 22 janv. 1982, n° 36128, *Ah Won et Butin*, RD publ. 1982. 822.

⁴² A. BACQUET, concl. préc.

déclaration d'illégalité car savoir si un acte est applicable à un litige et savoir si son illégalité est acquise à l'égard de tous relèvent de deux appréciations autonomes.

Il n'en irait autrement que si la déclaration d'illégalité faisait disparaître l'acte. Ce effet commanderait alors automatiquement l'autorité de la déclaration tant il est impossible de concevoir qu'une disparition ne se produise qu'à l'égard de quelques-uns, l'état du droit ne changeant pas pour les autres.

Comme la déclaration d'illégalité ne provoque pas la disparition de l'acte, mais sa seule inapplicabilité au litige en cours, la question de son autorité n'est pas affectée.

Il ne fait pas de doute que la jurisprudence limite les effets sur l'acte de la déclaration d'illégalité au seul litige pendant et que ses conséquences sont celles que la partie ayant soulevé l'exception voulait lui attribuer: il s'agit soit de l'annulation de l'acte attaqué au principal soit du rejet de ce recours. Cet unique effet sur l'acte satisfait la partie qui a soulevé l'exception d'illégalité. Si c'est le requérant, il obtient l'annulation de l'acte d'application; si c'est l'administration, elle bénéficie du rejet du recours contre une décision contraire à l'acte en cause.

Ce premier résultat est-il cependant suffisant pour épuiser les effets de la déclaration d'illégalité? N'est-il aucune hypothèse où les conséquences mécaniques précédemment décrites sont susceptibles d'échouer, conduisant alors le juge et les parties à se tourner vers un autre acte, applicable quant à lui? Un examen a priori isole plusieurs situations dans lesquelles la tentation d'un dépassement des effets de la déclaration d'illégalité semble justifiée.

Dans le cadre même du litige au cours duquel est prononcée la déclaration, une partie peut souhaiter aller au-delà du constat d'inapplicabilité de l'acte en l'espèce. D'une part, l'administration peut désirer s'opposer à l'annulation de l'acte d'application en lui recherchant un autre fondement. Elle est ainsi encline à opérer une substitution de base légale qui conduirait à rejeter le recours malgré la déclaration d'illégalité. D'autre part, lorsque c'est elle, au contraire, qui a soulevé avec succès l'exception pour se défendre de ne pas avoir appliqué l'acte dans le cadre de la décision attaquée, le requérant peut avoir, par précaution,

invoqué la contrariété de cette même décision à un autre acte. Dans l'un et l'autre cas, le juge est sollicité, après la déclaration d'illégalité et malgré elle, d'examiner le recours au regard d'un autre acte, prétendu applicable au litige.

Par ailleurs, la déclaration d'illégalité pour borner ses effets directs au seul débat contentieux qui l'a générée n'a-t-elle aucune incidence sur l'ordonnancement juridique en général? La jurisprudence Ponard, en ce qu'elle affirme qu'«il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un texte réglementaire illégal, même s'il est définitif»⁴³ conduit à s'interroger, du moins après la déclaration d'illégalité d'un règlement, sur les possibilités d'action de l'administration. Ne pouvant plus appliquer cet acte, en vertu de la jurisprudence Ponard et non par l'effet de la déclaration, à quel droit peut-elle faire appel pour poursuivre sa mission dans le respect du principe de légalité?

Cette question ne se pose pas que pour le droit applicable à l'avenir. L'affaire Anschling tranchée par la Section du contentieux du Conseil d'État le 28 avril 2014⁴⁴ a montré que se posait également la question de la possibilité pour l'administration d'édicter un nouvel acte réglementaire destiné à permettre le paiement des redevances pour service rendu dues par les usagers ayant obtenu la déclaration d'illégalité des délibérations tarifaires antérieures. C'est en l'occurrence l'égalité des usagers devant le coût du service public qui a conduit le juge à admettre que l'administration puisse prendre une nouvelle délibération rétroactive alors même que les délibérations antérieures, simplement déclarées illégales, n'avaient pas été annulées.

Ces différentes hypothèses justifient une étude des effets de la déclaration d'illégalité, non plus seulement sur l'acte en cause, mais, plus largement, sur le droit désormais applicable.

⁴³ CE, sect., 14 nov. 1958, Ponard, Lebon p. 554.

⁴⁴ CE, sect., 28 avr. 2014, *Mme Anschling et autres*, préc.

4. LES EFFETS SUR LE DROIT DÉSORMAIS APPLICABLE

Intuitivement, le droit applicable après la déclaration d'illégalité de l'acte paraît susceptible de provenir de deux sources seulement. En premier lieu, il est envisageable que le droit devant remplacer la norme déclarée illégale soit celui dont elle avait pris la suite, au jour de son entrée en vigueur. En bref, il peut s'agir d'un acte précédent, que l'acte déclaré illégal avait abrogé.

En second lieu, si l'acte déclaré illégal n'avait pas été substitué à un autre qui préexistait, le juge, qui ne peut faire oeuvre d'administrateur ni formuler des arrêts de règlement, doit, selon les hypothèses envisagées plus haut, refuser la substitution de base légale et annuler l'acte d'application, ou rejeter le recours contre le refus d'appliquer le texte illégal. C'est alors à l'administration, confrontée à un vide juridique puisque l'acte déclaré illégal n'est plus applicable, de prendre l'initiative de son remplacement.

Le droit antérieur revit-il du seul fait de la déclaration d'illégalité? Autorise-t-il ainsi soit le rejet du recours contre l'acte d'application attaqué grâce à une substitution de base légale, soit l'annulation du refus d'application du droit illégal comme contraire au droit désormais applicable, soit enfin l'édiction, par l'administration⁴⁵, de décisions sur son fondement? Telles sont les interrogations que pose l'analyse des effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable. Il n'est pas étonnant que les effets sur l'acte se prolongent en la matière et ainsi que la déclaration d'illégalité ne fasse pas revivre le droit abrogé. Le droit alors applicable doit être déterminé par l'administration.

5. LA DÉCLARATION D'ILLÉGALITÉ NE FAIT PAS REVIVRE LE DROIT ABROGÉ

⁴⁵ Pour l'avenir ou, comme dans l'affaire *Mme Anschling*, pour le passé afin de faire payer par des usagers le coût du service public dont ils ont bénéficié. C'est en cela que se posait dans cette affaire la question de la possibilité pour l'administration d'édicter une nouvelle délibération tarifaire pour fournir une base au paiement en cause.

Le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé est solidement établi en droit français. Il n'est pas remis en cause par l'application, en raison de la déclaration d'illégalité, du droit non abrogé par l'acte illégal mais connaît, toutefois, des exceptions de portée limitée.

5.1 Le principe

La déclaration d'illégalité n'autorise pas, par elle-même, à se tourner vers le droit que l'acte en cause avait abrogé à son entrée en vigueur. Ce principe repose sur un fondement qui le rend incontestable.

Les effets de la déclaration d'illégalité sur le droit désormais applicable ne sont que le prolongement logique de ses effets sur l'acte qu'elle vise. C'est donc dans les conséquences de ces derniers qu'il faut trouver le fondement de la non-résurrection du droit abrogé.

L'examen du sort de l'acte déclaré illégal a montré qu'il ne disparaissait pas de l'ordonnancement juridique mais qu'il était seulement reconnu inapplicable au litige considéré. La logique juridique s'oppose alors à la résurrection de l'acte antérieur par le seul fait de la déclaration d'illégalité de l'acte abrogatif, parce que, ce dernier n'ayant pas disparu, une coexistence entre les deux normes serait aberrante.

Telle est la « logique imparable »⁴⁶ de l'arrêt *Bargain*, explicitée par le commissaire du gouvernement, M. Bacquet « La disposition (...) que le juge déclare illégale par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique: son application est seulement paralysée. Le fait qu'elle subsiste nous paraît rendre impossible le retour à l'état de droit

⁴⁶ H. TOUTEE, concl. sur CE, sect., 8 juin 1990, *Assaupamar*, RFDA 1991. 149

antérieur, qui a été et qui demeure abrogé. La situation de droit qui résulte de l'exception d'illégalité est donc complètement différente de celle qui découle d'une annulation»⁴⁷.

Faute de supprimer la dernière couche du corpus juridique, la déclaration d'illégalité ne permet pas d'appliquer la pénultième qui reste irrémédiablement masquée. Le juge est comme l'archéologue. Sur le site étudié existent, les unes au dessus des autres, de multiples couches de sédiments riches, peut-être, de vestiges à extraire. Mais les choses sont ainsi faites qu'il ne peut examiner les couches inférieures qu'après avoir sacrifié les couches superficielles. Il lui est impossible de conserver les unes et les autres pour les fouiller simultanément. Là s'arrête l'analogie: à la différence de l'archéologue, le juge n'est pas maître de son choix en matière d'exception d'illégalité. Il ne peut faire coexister deux couches de l'ordonnement juridique mais il ne peut pas non plus choisir celle qu'il va favoriser. La logique de tout système juridique s'oppose en effet à ce que coexistent deux normes contraires – puisque l'une a abrogé l'autre – pour régler un même point de droit. Une autre solution attenterait aux principes d'unité, d'égalité et de sécurité qui fondent le droit.

Le syllogisme est imparable. La déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte de l'ordonnement juridique; dès lors, la coexistence de deux normes contradictoires sur un même point de droit étant impossible, la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre l'acte abrogé et ne permet donc pas de l'appliquer désormais.

Malgré son apparente solidité, le principe a fait l'objet de diverses tentatives de contestation. Elles ne parviennent cependant pas à convaincre et renforcent d'autant, et malgré elles, la solidité du principe.

La première proposition est séduisante tant elle semble simple, presque évidente. Le raisonnement de ses auteurs est le suivant: la déclaration d'illégalité ne borne pas ses effets au contenu positif de l'acte, elle vise aussi son contenu négatif, c'est-à-dire son caractère

⁴⁷ A. BACQUET, concl. sur CE, ass., 18 janv. 1980, *Bargain*, Rev. adm. 1980. 151.

abrogatif du droit antérieur. Dès lors, la conclusion s'impose: reconnaissant l'illégalité de l'abrogation, elle autoriserait nécessairement la résurrection de l'acte disparu. La démonstration en a été vigoureusement faite par M. Genevois. « Lorsqu'il est soutenu que le texte qui est déclaré illégal par la voie de l'exception ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique et voit seulement ses effets paralysés dans un litige déterminé, cela vise en réalité deux choses. D'une part, les dispositions contenues dans le règlement dont l'illégalité est constatée par le juge ne peuvent recevoir application. D'autre part, le règlement illégal, en tant qu'il a abrogé de précédentes dispositions, ne peut lui non plus recevoir application. Cela conduit alors à ce que la règle antérieure, si elle a été illégalement abrogée, puisse à nouveau produire effet»⁴⁸.

Certes, il est indéniable que la déclaration d'illégalité d'un acte abrogatif vise tant les nouvelles dispositions qu'il contient que leur caractère contraire au droit antérieur et donc, également, l'abrogation qu'il produit. « Si l'on admet que ce règlement ne peut plus avoir d'effet, pourquoi choisir de maintenir l'un desdits effets, et celui-là seul, qui est son effet abrogatif? »⁴⁹.

La démonstration échoue toutefois dans sa seconde étape car il est indifférent, au regard des fondements sus-exposés du principe qu'il s'agit de contourner, que l'effet abrogatif soit illégal. En effet, par cela seul que la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte, elle ne le fait en aucun de ses traits. De ce fait, la déclaration d'illégalité de l'abrogation ne touche pas à l'existence de l'acte lui-même, qui seule empêche la résurrection du droit antérieur. L'acte est inapplicable en l'espèce; son effet abrogatif est également inapplicable mais, l'acte existant toujours, son caractère abrogatif subsiste et s'oppose logiquement à la résurrection du droit antérieur.

⁴⁸ B. GENEVOIS, note sous CE, ass., 29 avr. 1981, n° 12851, *Ordre des architectes*, AJDA 1981. 429.

⁴⁹ H. TOUTEE, concl. préc.

Cette première proposition doctrinale échoue parce qu'elle ne s'attaque pas au coeur du problème qui tient à la non disparition de l'acte déclaré illégal.

Le même reproche est encouru par la seconde construction formulée, le plus souvent conjointement à la précédente, pour tenter de justifier que la déclaration d'illégalité fasse revivre le droit abrogé. Elle suppose une interprétation restrictive de l'interdiction de faire coexister deux règles contraires: «s'il y a bien deux règles qui coexistent, une seule est susceptible de recevoir légalement application »⁵⁰. Il n'y aurait ainsi pas applicabilité simultanée de deux actes contradictoires et le principe ne serait pas en jeu.

La solution a pour autre avantage d'éviter le vide juridique qui résulterait de la combinaison de la déclaration d'illégalité et de la jurisprudence Ponard qui interdit d'appliquer un texte illégal. En effet, la norme antérieure étant à nouveau applicable, en raison inverse de l'inapplicabilité de l'acte déclaré illégal, la construction proposée serait «seule susceptible d'éviter la création de façon artificielle de vides juridiques»⁵¹.

Cette proposition ne paraît pas plus opérante que la précédente dans la mesure où le problème n'est pas de savoir si deux normes contraires peuvent être co-applicables mais bien plutôt de savoir si elles peuvent coexister. C'est l'existence de l'une qui exclut l'existence de l'autre. Telle est la raison d'être du principe qui interdit l'application simultanée de textes contraires. En conséquence, comme la déclaration d'illégalité ne fait pas disparaître l'acte au profit du droit antérieur, la démonstration bute sur le constat irréductible qu'un seul acte existe toujours, avant comme après la déclaration d'illégalité et qu'il empêche toute résurrection du droit antérieur, serait-il quant à lui légal.

⁵⁰ B. GENEVOIS, note préc. V. égal., R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13e éd., Montchrestien, 2008, n° 1231.

⁵¹ Ibid.

L'acte déclaré illégal existant toujours, son effet abrogatif ne disparaît pas plus et son inapplicabilité est indifférente. Rien ne peut faire que le droit abrogé par l'acte déclaré illégal revive par le seul effet de la déclaration d'illégalité. Rien n'empêche toutefois, que s'applique, de ce seul fait, le droit non abrogé.

5.2 La portée du principe: l'applicabilité du droit non abrogé

La déclaration d'illégalité ne peut combler un vide qu'elle n'a pas créé puisque l'acte déclaré illégal n'a pas disparu. Cela n'interdit cependant pas d'appliquer, du fait de la déclaration d'illégalité, les actes éventuellement non abrogés. La proposition peut surprendre, il est vrai. Comment affirmer tour à tour que la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé mais autorise néanmoins l'application d'un autre droit, fût-il non abrogé? La réponse tient évidemment en la différence des situations en cause. Les obstacles décisifs qui empêchent que la déclaration ressuscite par elle-même le droit abrogé ne jouent pas lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit non abrogé. En effet, par définition, point n'est besoin de faire revivre ce dernier qui n'a pas disparu, et donc, point n'est besoin que disparaisse l'acte visé par l'exception d'illégalité.

La jurisprudence offre deux types d'illustrations de l'application d'un texte autre que celui déclaré illégal. Il s'agit toujours d'un texte non abrogé par ce dernier, soit qu'il n'ait pu l'abroger soit qu'il ne l'ait pas abrogé. La première hypothèse semble a priori appartenir à la catégorie visée par le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit précédent. En effet, elle confronte à l'exception d'illégalité d'un acte abrogatif suivie, par le seul effet de la déclaration, de l'application du droit abrogé. La contradiction avec les développements antérieurs n'est pourtant qu'apparente. La déclaration d'illégalité a un tel effet positif parce que l'acte qui en est l'objet, malgré son but abrogatif, n'a pu réussir. Il en est ainsi en cas de règlement prétendant abroger une loi: saisis de leur illégalité par voie d'exception, tous les juges admettent que la déclaration d'illégalité permet d'appliquer

aussitôt la loi qui n'a en réalité jamais disparu. La solution a été consacrée par le Tribunal des conflits⁵², le juge administratif⁵³ ou le juge judiciaire⁵⁴.

Cette jurisprudence peut certes jeter le trouble: « Comment l'analyse juridique peut-elle justifier qu'une déclaration d'illégalité ait des effets variables? Une abrogation est une abrogation. L'illégalité liée à l'abrogation d'une loi n'est pas d'une nature ou d'un degré autre que celle qui résulte de l'abrogation d'un règlement. Alors pourquoi seule la loi va-t-elle revivre? Parce qu'elle est (ou était) une loi? C'est la seule réponse possible et il ne semble pas qu'elle soit acceptable »⁵⁵. Pourtant, les dispositions abrogées par l'acte réglementaire déclaré illégal revivent seulement lorsqu'elles sont de nature ou de valeur législative. Il faut donc croire que l'hypothèse est particulière.

Elle l'est par la violation grave de la séparation des pouvoirs qu'elle censure. Une chose est pour un règlement d'intervenir dans une matière législative, une autre est pour lui de décider proprio motu d'abroger une loi en vigueur. L'illégalité est infiniment plus grave car elle remet en cause la séparation des pouvoirs. Comment alors ne pas la condamner de manière énergique, avec une sévérité réservée aux illégalités les plus graves, c'est-à-dire en recourant à la théorie de l'inexistence? L'idée en a d'ailleurs été suggérée par Laferrière qui

⁵² T. confl., 2 mars 1970, n° 1936, *Société Duvoir c/ SNCF*, Lebon p. 885, concl. G. Braibant; T. confl., 7 déc. 1970, n° 1970, *Riehm c/ Ortf*, Lebon p. 895; D. 1971. 611, note J. Chevallier; T. confl., 27 avr. 1981, n° 2195, SA « *Les fils de Jules Bianco* » c/ *Administration des douanes*, Lebon p. 503.

⁵³ V., CE, 29 mars 1832, *Mont de piété de Strasbourg*, Lebon p. 127 et moins lointainement, CE, ass., 4 févr. 1966, n° 62425, Mme Caffort, Lebon p. 77; CE, ass., 29 avr. 1981, n° 12851, *Ordre des architectes*, Lebon p. 197; AJDA 1981. 429, note B. Genevois.

⁵⁴ Crim., 26 avr. 1951, D. 1951. 601, rapp. Pépy.

⁵⁵ R. CHAPUS, op. cit., n° 1232.

liait l'inexistence à une usurpation de pouvoirs⁵⁶. Elle permet d'expliquer qu'il soit fait échec au principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit antérieur. L'inexistence autorise en effet tout juge à considérer, d'office et à toute époque, comme disparu un acte alors même que sa contestation n'est opérée que par voie d'exception.

Tout s'éclaire alors. La déclaration de l'inexistence d'un règlement abrogeant une loi conduit à le considérer comme nul et non avenue et à le faire disparaître ipso facto. Rien ne s'oppose donc à ce que la loi qu'il abrogeait soit considérée comme applicable puisque la déclaration d'illégalité ne fait alors pas revivre le droit abrogé mais permet seulement d'appliquer le droit non abrogé.

Aucun des obstacles précédemment énumérés ne l'interdit.

Même si la disparition de l'acte n'est pas demandée, elle peut être prononcée puisque l'inexistence est un moyen d'ordre public. Elle peut l'être par tout juge et donc également par le juge de l'action. Les règles de délai ne jouent pas puisque l'acte inexistant n'est pas susceptible d'acquérir un caractère définitif. Enfin, aucune coexistence de deux normes contraires n'est à craindre puisque, précisément, l'acte inexistant, sitôt caractérisé, disparaît rétroactivement de l'ordonnement juridique.

Deux précisions sont à apporter pour conclure la démonstration sur ce point. En premier lieu, si celle-ci est exacte, elle doit coïncider avec les cas dans lesquels une autre

⁵⁶ E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 1re éd., T. II, p. 470: selon lui, il y a inexistence « dans des cas graves d'empiètement d'un administrateur sur le pouvoir législatif ou sur le pouvoir judiciaire. Ainsi un décret qui empiéterait sur les pouvoirs du Parlement (...) en édictant des dispositions législatives (...) [pourrait] être considéré (...) comme non avenue (...) et non obligatoire (...) par le tribunal devant lequel on voudrait s'en prévaloir, sans qu'il fût besoin qu'un arrêt du Conseil d'État eut prononcé [son] annulation. Si, en effet, il était nécessaire de recourir à la procédure d'excès de pouvoir pour faire tomber des actes entachés d'une incompétence aussi absolue, on pourrait en conclure que ces actes peuvent acquérir un caractère définitif et obligatoire s'ils ne sont pas attaqués dans le délai de trois mois; or cette ratification tacite, admissible pour un acte annulable, ne saurait l'être pour un acte légalement inexistant.

cause d'inexistence a été caractérisée à la suite d'une exception d'illégalité. Malgré la faible jurisprudence en la matière, il semble qu'une réponse positive prévale. Par un arrêt Rosan Girard, l'Assemblée plénière du Conseil d'État, après avoir constaté par voie d'exception l'inexistence d'un arrêté préfectoral déclarant lui-même inexistantes de opérations électorales, a considéré que la proclamation des résultats de celles-ci redevenait exécutoire. La solution est donc parfaitement identique aux jurisprudences Société Duvoir et Ordre des architectes, précitées. En second lieu, et cette nouvelle remarque est une conséquence de la précédente, les jurisprudences en cause heurtent d'autant moins le principe selon lequel la déclaration d'illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé qu'elles ne mettent, en réalité, en jeu qu'une déclaration d'inexistence. Telle est l'explication finale. Malgré l'absence des expressions usuelles en cas d'inexistence, qui constatent que l'acte est « nul et non avenue » ou « nul et de nul effet », les arrêts présentés ne sont qu'une modalité particulière de la théorie de l'inexistence. La mise en oeuvre de celle-ci par voie d'exception explique peut-être, la réticence du juge à affirmer pleinement qu'il procède à une déclaration d'inexistence.

La seconde hypothèse d'application d'un texte autre que celui déclaré illégal vise le cas où l'acte dont l'illégalité est excipée n'a rien abrogé. N'ayant pas disparu, le texte en cause n'a pas besoin de revivre pour être de nouveau applicable et l'acte déclaré illégal n'a pas besoin de disparaître.

Cette situation se rencontre en présence d'une organisation originale des rapports entre les normes en cause, organisation voulue par l'administration elle-même. La coexistence, entre deux textes compatibles, était acquise avant la déclaration d'illégalité. Celle-ci n'a donc toujours pour effet que de constater l'inapplicabilité d'un acte en l'espèce mais n'empêche pas d'appliquer ipso facto le droit non abrogé. Deux cas seulement peuvent être identifiés.

En premier lieu, le Conseil d'État estime que la déclaration d'illégalité d'une norme dérogatoire à une norme générale permet d'appliquer cette dernière au litige pendant⁵⁷. Point n'est besoin, en un tel cas, que la déclaration d'illégalité fasse disparaître la norme dérogatoire, ce qui est impossible sauf en cas d'inexistence, puisqu'en raison de l'organisation même des rapports entre les actes en présence, tous deux coexistent. L'administration a souhaité poser une norme tout en admettant simultanément qu'il y soit dérogé. Une telle combinaison de normes ne heurte aucun principe du système juridique car si ce dernier n'admet pas que deux normes contraires régissent la même matière à un moment donné, il consent à ce que l'état du droit positif résulte de plusieurs normes dont la coexistence est d'emblée prévue. Il est ainsi logique d'admettre que la déclaration d'illégalité permet d'appliquer le droit auquel il était dérogé mais qui n'était pas abrogé. « Au nom de quoi n'appliquerait-on pas un texte auquel il n'est dérogé que par un texte inapplicable car déclaré illégal? »⁵⁸. Si cela était nécessaire, il serait encore possible de trouver confirmation de la véracité du raisonnement dans la définition du terme «dérogation»: il vise une « exception apportée, dans une matière spéciale ou un cas particulier, à une règle générale, qui par ailleurs demeure »⁵⁹. La jurisprudence Commune de Boulazac est par conséquent compatible avec la jurisprudence Bargain dont elle marque seulement une limite, dans un cas marginal il est vrai.

En second lieu, l'acte déclaré illégal permet également le retour à une norme qu'il n'a pas abrogé parce qu'elle est supplétive. Tel est le caractère d'une norme applicable à défaut d'autres dispositions. L'existence de normes supplétives est certes rare en droit public, où la puissance publique procède plus par acte d'autorité que par reconnaissance d'une autonomie normative. L'hypothèse se rencontre néanmoins, notamment dans l'organisation

⁵⁷ CE, sect., 23 déc. 1990, *Commune de Boulazac*, Lebon p. 57; RFDA 1990. 621, concl. Abraham.

⁵⁸ H. TOUTEE, concl. sur CE, sect. 8 juin 1990, *Assaupamar*, RFDA 1991. 149, préc.

⁵⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987.

des rapports entre l'État et les collectivités locales ou en matière de police générale. Dans ces domaines, peut être organisée la coexistence, au même moment, sur un même territoire, de deux normes, dont l'une est temporairement inapplicable car supplétive. La situation est donc similaire à celle, précédemment décrite, de la dérogation à une norme générale. La jurisprudence en a déduit la possibilité d'appliquer l'acte supplétif en cas de déclaration d'illégalité de l'acte particulier. Cela s'est manifesté dans le cadre des liens très particuliers unissant les plans locaux d'urbanisme aux permis de construire. Le Conseil d'État a considéré que la déclaration d'illégalité d'un plan local d'urbanisme ne pouvait ressusciter, par application du principe que l'on sait, les documents antérieurs et qu'il abrogeait. Mais il a relevé qu'existent en droit de l'urbanisme des normes d'application perpétuelle, qu'il n'est donc pas nécessaire de faire revivre et qui composent le règlement national d'urbanisme: «la constatation de l'illégalité d'un plan d'occupation des sols a pour effet de rendre à nouveau applicables sur le territoire en cause les dispositions du code de l'urbanisme dont l'application y était exclue, en vertu dudit code, par l'existence d'un plan d'occupation des sols opposable aux tiers, mais non de remettre en vigueur le plan d'occupation des sols auquel le plan déclaré illégal s'était substitué»⁶⁰. C'est donc parce que la déclaration d'illégalité rend le plan local inopposable, au moins en l'espèce, que le juge peut se tourner vers l'autre texte, dont l'application était seulement suspendue par l'opposabilité du plan local, le règlement national d'urbanisme. Il n'y a pas résurrection d'un droit abrogé. Le constat objectif de ce que le règlement national d'urbanisme est toujours en vigueur et qu'il peut instantanément remplacer le droit local suffit à justifier la solution étudiée. « En matière d'urbanisme, ce texte général, même s'il n'est que subsidiaire, nous semble là pour ça »⁶¹.

⁶⁰ CE, sect., 8 juin 1990, n° 93191, *Association de sauvegarde du patrimoine martiniquais (Assaupamar)*, Lebon p. 148; AJDA 1990. 733; *ibid.* 701, chron. E. Honorat et R. Schwartz; RDI 1990. 481, obs. Y. Gaudemet et D. Labetoulle; RFDA 1991. 149, concl. H. Toutée; LPA 9 janv. 1991, note Pacteau.

⁶¹ H. TOUTEE, concl. préc.

Certes, il pourrait être opposé à ce raisonnement le fait que, la déclaration d’illégalité ne faisant pas disparaître le plan, le règlement national d’urbanisme ne pourrait revivre. Seule importerait l’existence du plan, laquelle paralyserait l’application du règlement national. Tel n’a pas été l’avis du Conseil d’État, qui ne se fonde que sur l’inapplicabilité du plan pour réactiver le règlement national d’urbanisme. Ce dernier est applicable faute de plan opposable aux tiers. Or le principal effet de la déclaration d’illégalité est de constater l’inapplicabilité, et donc l’inopposabilité, du plan au tiers qu’est, en l’espèce, le requérant.

La solution de la jurisprudence *Assaupamar* avait le mérite d’allier rigueur et opportunité. «À la restauration d’un plan antérieur et par définition périmé est préférée la résurrection de règles générales et nationales d’urbanisme, incontestables et éprouvées»⁶². Elle a pourtant été écartée par le législateur, qui lui a préféré le principe de la résurrection du document local antérieur au plan déclaré illégal.

Cette disposition législative constitue l’une des exceptions au principe selon lequel la déclaration d’illégalité ne fait pas revivre le droit abrogé et avec lequel la possibilité d’appliquer le droit non abrogé était clairement compatible.

5.3. Les exceptions

L’impossibilité de faire revivre par une déclaration d’illégalité le droit abrogé précédemment en vigueur subit quelques exceptions. Il ne faut pas s’étonner toutefois de leur caractère très marginal compte tenu de l’assurance du principe qu’elles contredisent.

Une loi de circonstance et deux jurisprudences les composent.

C’est par une loi du 9 février 1994 portant diverses dispositions en matière d’urbanisme et de construction que le législateur a écarté la jurisprudence *Assaupamar* et conféré à la déclaration d’illégalité du plan local d’urbanisme un effet sur le droit applicable

⁶² B. PACTEAU, note préc.

identique à celui de son annulation. La disparité antérieure de cet effet, selon qu'était en cause l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un plan d'occupation des sols, était sans doute insatisfaisante malgré son orthodoxie juridique. Le Conseil d'État avait cru opportun d'unifier cet effet en généralisant la solution propre à la déclaration d'illégalité et donc l'application des dispositions du règlement national d'urbanisme⁶³. Cette position, trop contraire à la tradition juridique, voire à l'opportunité, connut rapidement diverses limitations pour en limiter les conséquences paradoxales. L'état du droit avait ainsi atteint un tel degré de complexité qu'une intervention législative était devenue nécessaire.

Issu de la loi du 9 février 1994 mais dans une rédaction remaniée depuis, l'article L.121-8 du code de l'urbanisme dispose que «l'annulation ou la déclaration d'illégalité d'un schéma de cohérence territoriale, d'un plan local d'urbanisme, d'une carte communale, d'un schéma directeur ou d'un plan d'occupation des sols ou d'un document d'urbanisme en tenant lieu a pour effet de remettre en vigueur le schéma de cohérence territoriale, le schéma directeur ou le plan local d'urbanisme, la carte communale ou le plan d'occupation des sols ou le document d'urbanisme en tenant lieu immédiatement antérieur».

À l'unification des solutions jurisprudentielles en faveur de l'application du règlement national d'urbanisme est alors préférée la résurrection du plan antérieur, même en cas de déclaration d'illégalité. Le législateur a donc écarté la jurisprudence Assaupamar, qui pouvait pourtant se réclamer d'une stricte orthodoxie au regard de l'arrêt Bargain: la déclaration d'illégalité permettait d'appliquer un autre droit au litige en cours (le règlement national d'urbanisme) mais elle ne le faisait pas revivre puisqu'il est destiné à suppléer la déficience des normes locales. En alignant les effets de la déclaration d'illégalité sur ceux de

⁶³ CE, 25 nov. 1991, n° 78606, *Commune de Saint-Palais-sur-Mer c/ Association des amis de la Pointe de Nauzan*, Lebon p. 405; AJDA 1992. 173; ibid. 116, chron. C. Maugué et R. Schwartz; LPA 29 avr. 1992, p.7, note Morand-Deville.

l'annulation et en censurant la position inverse du Conseil d'État⁶⁴, le législateur satisfait certes aux principes qui gouvernent les effets d'une annulation mais il porte en revanche une atteinte directe à ceux qui encadrent l'exception d'illégalité.

L'exception législative au principe de non-application du droit abrogé procède certes d'une volonté de pacification du contentieux de l'urbanisme.

Les deux autres exceptions sont d'origine jurisprudentielle et ont des justifications différentes.

La première d'entre elles est parfois présentée comme se rattachant à un cas d'inexistence et, donc comme non contraire au principe. Il semble néanmoins qu'elle soit simplement contradictoire. Elle est issue d'un arrêt du Conseil d'État, l'arrêt Mégard du 5 février 1971⁶⁵. Le juge y a déclaré illégal un décret entaché de rétroactivité et a appliqué, de ce fait, pour la période de rétroactivité la disposition anciennement en vigueur. Il a ensuite annulé la décision attaquée pour contrariété au droit ainsi ressuscité.

Mais en quoi la déclaration d'illégalité, lorsqu'elle résulte d'une rétroactivité de l'acte, permet-elle, en raison de la spécificité d'un tel vice, de déroger au principe de non application du droit abrogé? Son rattachement à la théorie de l'inexistence a été envisagé par M. Toutée dans ses conclusions sur l'arrêt Assaupamar⁶⁶. Il ne semble pourtant pas possible de considérer que le juge ait procédé à un tel raisonnement puisque la rétroactivité illégale,

⁶⁴ CE, 25 nov. 1991, *Commune de Saint-Palais-sur-Mer*, préc.

⁶⁵ V., CE, 5 févr. 1971, n° 76236, *Mégard*, Lebon p. 112. V. égal., CE, 28 févr. 1964, *Syndicat national autonome des personnels du Conseil supérieur de la pêche*, Lebon p. 156; CE, 21 janv. 1977, n° 87656, *Moisand*, Lebon p. 34.

⁶⁶ V., H. TOUTEE, concl. sur CE, sect., 8 juin 1990, *Assaupamar*, RFDA 1991. 149, préc.

si elle constitue un vice d'ordre public, ne suffit pas à rendre un acte inexistant. Il n'est pas plus pertinent d'affirmer que le droit antérieur n'a pas été abrogé par l'acte rétroactif.

Une analyse plus fine de la jurisprudence permet de constater que les trois arrêts étudiés ici sont en contradiction avec un courant plus fourni s'inscrivant, quant à lui, dans un strict respect de la jurisprudence *Bargain* même en présence d'un acte illégalement rétroactif⁶⁷. Ces arrêts témoignent seulement des hésitations du juge confronté au problème délicat de la rétroactivité. Il convient donc de les écarter de la catégorie des exceptions au principe. La déclaration d'illégalité d'un règlement rétroactif ne fait pas revivre le droit antérieur. L'orthodoxie est donc respectée, malgré l'existence de décisions contradictoires. La première dérogation jurisprudentielle annoncée n'en est pas une. Nous allons constater que la seconde n'est guère plus embarrassante.

Elle est composée d'un arrêt isolé intervenu dans le domaine très particulier des questions préjudicielles du droit de l'Union européenne. Le contexte juridique en est évidemment particulier puisqu'après une période durant laquelle le juge administratif français a fait preuve d'une certaine résistance à l'égard des décisions de la Cour de justice, il participe pleinement à la coopération entre les juridictions nationales et européennes.

C'est le Conseil d'État qui a initialement adopté une position hétérodoxe au sujet de la portée sur l'ordonnancement juridique d'une déclaration d'invalidité d'un règlement communautaire par la Cour de justice. Il a ainsi considéré que cette déclaration d'invalidité

⁶⁷ V., CE, ass. plén., 9 juin 1961, *Martin*, Lebon p. 382; CE, 3 oct. 1969, n° 75259, *Ministre de l'intérieur c/ Jeannot*, Lebon p. 418; CE, 9 mai 1973, n° 85067, *Grand*, Lebon p. 340; CE, 7 mars 1975, n° 93232, *Lejuez*, Lebon p. 181; CE, ass., 23 juill. 1976, n° 93066, *Société Algeco*, Lebon p. 369; TA Strasbourg, 10 févr. 1983, *Mme Cagnard*, Lebon p. 584.

autorise le juge national à statuer au regard du droit communautaire antérieur à cet acte ⁶⁸. Objet de fortes critiques à l'époque, compte tenu de sa contrariété aux règles tant nationales qu'européennes de la déclaration d'illégalité, cette solution est désormais conforme à ces dernières. La Cour de justice affirme en effet explicitement que « la déclaration d'invalidité d'un règlement qui a implicitement abrogé un autre règlement implique, en principe, le droit pour les parties au principal d'être placées dans la même situation que si cette abrogation n'était pas intervenue »⁶⁹. Elle tempère cependant ce principe en acceptant parfois, sous de strictes conditions, de neutraliser la rétroactivité de la déclaration d'illégalité⁷⁰. En toute hypothèse, la position du juge administratif français illustre maintenant sa parfaite acceptation⁷¹ de la portée que la Cour de justice entend donner à ses décisions rendues sur question préjudicielle.

Au total, les exceptions au principe selon lequel la déclaration d'illégalité d'un acte ne fait pas revivre le droit antérieur ne sont guère nombreuses et ne jouissent que d'une bien faible portée. Il est alors nécessaire de conclure ces développements par l'affirmation que la déclaration d'illégalité, si elle permet d'appliquer le droit non abrogé, ne provoque pas la résurrection du droit abrogé. En d'autres termes, la déclaration d'illégalité ne vaut pas reconnaissance de l'applicabilité de la norme antérieure aux situations futures.

⁶⁸ CE, 9 mai 1980, n° 14512, *Office national interprofessionnel des céréales (ONIC)*, Lebon p. 220; AJDA 1980. 535, concl. Genevois, note Jourdan; D. 1980. 462, note Plouvin; RTD eur. 1980. 578, concl. note M-A. F.

⁶⁹ CJCE, 8 nov. 2001, aff. C-228/99, *Silos*, Rec CJCE I-8401; v. aussi, CJCE, 28 févr. 1989, aff. 201/87, *Cargill*, Rec. CJCE. 489.

⁷⁰ CJCE, 15 oct. 1980, aff. 145/79, *Roquette*, Rec. CJCE p. 2917.

⁷¹ CE, ass., 11 déc. 2006, n° 234560, *Société De Groot En Slot Allium BV, Société Bejo Zaden BV*, Lebon p. 512; AJDA 2007. 136, chron. C. Landais et F. Lenica; D. 2007. 994, note O. Steck; RFDA 2007. 372, concl. F. Séniers; RTD civ. 2007. 299, obs. P. Remy-Corlay; RTD eur. 2007. 473, étude F. Dieu; ibid. 2008. 835, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

Faut-il alors s'inquiéter du vide juridique que cela provoque?

Certes, dans l'espèce ayant donné lieu à la déclaration d'illégalité, aucun vide juridique n'est à craindre puisqu'elle suffit à assurer le succès ou l'échec du recours. Mais qu'en est-il de l'avenir? Ne pouvant appliquer l'acte déclaré illégal, sauf à commettre une nouvelle illégalité, ne pouvant pas non plus appliquer le droit antérieur, non remis en vigueur par la déclaration d'illégalité, la puissance publique semble confrontée à une absence de droit. Elle ne pourrait le combler, selon la présentation classique, que par l'édiction d'un nouvel acte, ce qui n'est pas sans soulever quelques difficultés.

6. LE DROIT APPLICABLE EST DÉTERMINÉ PAR L'ADMINISTRATION

La déclaration d'illégalité ne crée par elle-même aucun vide juridique. Elle constate simplement l'inapplicabilité d'un acte à une espèce donnée et permet d'en tirer les conséquences dans le litige à l'occasion duquel l'exception d'illégalité a été soulevée par l'une ou l'autre des parties. Si elle l'a été par le requérant, son recours est alors fondé et la décision qu'il conteste au principal est annulée. Si elle l'a été par l'administration, celle-ci obtient le rejet du recours dirigé contre son refus d'appliquer au requérant la décision déclarée illégale. À s'en tenir au seul litige qui a provoqué la déclaration d'illégalité, celle-ci en permet le dénouement.

Mais une autre difficulté apparaît lorsque est recherché le droit désormais applicable: l'acte déclaré illégal ne disparaissant pas et l'administration étant cependant tenue de ne plus l'appliquer⁷², un vide juridique semble naître mécaniquement. L'administration ne peut en effet ni appliquer l'acte déclaré illégal ni le droit qu'il a éventuellement abrogé puisqu'il ne revit pas, et semble condamnée à la paralysie. Il n'en est heureusement pas ainsi.

⁷² CE, sect., 14 déc. 1958, *Ponard*, préc.

L'analyse devrait ici conduire à distinguer selon que l'acte déclaré illégal est destiné à servir de fondement à d'autres actes ou non. Si tel est le cas⁷³, son remplacement se pose nécessairement. Si tel n'est pas le cas⁷⁴, la question se pose avec beaucoup moins d'acuité. D'abord et surtout parce que les conditions de recevabilité de l'exception d'illégalité de ce type d'actes sont si strictes qu'il est rare qu'elles soient accueillies. Ensuite et dans l'hypothèse où elle serait recevable et fondée, le remplacement de l'acte individuel ainsi déclaré illégal ne s'impose qu'exceptionnellement.

C'est donc principalement lorsque la déclaration d'illégalité porte sur un acte réglementaire qu'est susceptible de se poser la question du droit désormais applicable.

Pour régler les situations futures, l'autorité compétente peut édicter un nouvel acte réglementaire qui se substituera à celui déclaré illégal et depuis lors inapplicable.

Ce nouvel acte réglementaire peut se borner à abroger celui dont l'illégalité a été constatée par le juge: cela permet, s'il avait lui-même abrogé un règlement antérieur, d'assurer la « réapplicabilité » de ce dernier et de fournir ainsi une nouvelle base juridique pour l'édition de nouvelles décisions. Naturellement, l'autorité compétente peut estimer que la réglementation ainsi réactivée n'est plus opportune et préférer lui en substituer une nouvelle. Celle-ci pourra être identique au règlement déclaré illégal si l'illégalité en cause est une illégalité externe et qu'elle n'est pas répétée lors de l'édition du nouveau règlement. En revanche, si l'illégalité de l'acte réglementaire découlait d'un vice de légalité interne, il conviendra d'en modifier la substance pour éviter la reproduction de l'illégalité.

Si le règlement déclaré illégal n'en avait abrogé aucun autre antérieur, l'abroger (puisqu'il ne doit plus être appliqué) fait naître un vide juridique. Pour éviter cette situation, il convient que l'autorité administrative ne se borne pas à l'abroger mais le remplace par un

⁷³ Ce qui concerne principalement les actes réglementaires et marginalement les décisions d'espèce.

⁷⁴ Ce qui vise plutôt les actes individuels.

nouvel acte réglementaire, sous les réserves ci-dessus exprimées quant à sa légalité. C'est ce nouvel acte réglementaire qui régira, à l'avenir, les situations en cause.

L'affaire Anschling a fait apparaître la nécessité de s'interroger sur le règlement des situations passées, c'est-à-dire de celles qui avaient été traitées sur le fondement de l'acte déclaré illégal.

En principe, et comme cela a été évoqué, la déclaration d'illégalité de cet acte emporte la solution du litige et semble clore les débats. Mais il n'en va pas toujours ainsi. En effet, il peut parfois apparaître choquant que les situations initialement régies par l'acte déclaré illégal soient considérées, une fois les décisions prises en application de cet acte elles-mêmes annulées, comme soustraites à tout encadrement.

Comment admettre cependant que l'administration prenne un nouvel acte réglementaire afin de fonder rétroactivement l'édiction de nouvelles décisions individuelles à l'égard des requérants ayant obtenu l'annulation des décisions initiales les concernant?

Le principe de prohibition de la rétroactivité des décisions administratives devrait s'y opposer.

Ce principe n'est toutefois pas absolu. Le pragmatisme du juge administratif le conduit à tolérer qu'il supporte des exceptions dans certaines circonstances. L'une des plus classiques est précisément celle en cause dans l'affaire Anschling: l'illégalité de l'acte réglementaire fixant un tarif, notamment celui d'un service public⁷⁵.

Ainsi que l'a clairement exposé Mme de Barmon dans ses conclusions, le juge administratif admet que l'administration prenne une nouvelle réglementation rétroactive si le

⁷⁵ V., concl. reproduites ci-dessus.

tarif en vigueur immédiatement avant le tarif annulé ne peut recevoir une application prolongée pendant la période concernée par l'annulation.

Il s'agit alors d'assurer la continuité du service public considéré, continuité qui serait compromise si un nombre plus ou moins grand d'utilisateurs pouvaient bénéficier d'une exemption de tarif à l'issue d'une procédure juridictionnelle. La prestation de service public, laquelle a bien eu lieu, ne saurait rester fournie gratuitement. Il est ainsi admis qu'après l'annulation de la tarification couvrant une certaine période, l'administration édicte une nouvelle réglementation à portée rétroactive⁷⁶.

S'il est donc concevable qu'une réglementation rétroactive soit édictée, après l'intervention du juge, pour donner un fondement à de nouvelles décisions individuelles de facturation des prestations antérieurement fournies, le fait que, dans l'affaire *Anschling*, la réglementation tarifaire n'ait pas été attaquée directement mais seulement contestée incidemment à l'occasion d'un recours contre la décision exigeant le prix du service fourni soulevait une seconde difficulté, apparemment inédite. Comment admettre l'édiction d'une nouvelle tarification pour la période couverte par la tarification déclarée illégale alors que cette dernière, n'ayant pas été annulée, est toujours en vigueur même si elle ne peut plus être appliquée ?

Certes, il est de la logique même du recours pour excès de pouvoir et de l'exception d'illégalité invoquée à son soutien d'aboutir à une situation dans laquelle un acte administratif est annulé en raison d'une illégalité qui l'entache mais qui trouve sa source dans un autre acte que celui qui est l'objet de ce recours et seul annulé. Il est également de la logique de la combinaison des deux voies de droit en cause de permettre à un individu de se soustraire à l'application d'une réglementation dont il démontre l'illégalité, à l'appui d'un recours contre la mesure le concernant et prise sur le fondement de cette réglementation: lui

⁷⁶ V., les arrêts cités par Mme de Barmon: CE, 19 avr. 2000, n° 157920, *Commune de la Bresse* et 9 avr. 2004, n° 252988, M. Escurat.

seul bénéficie de l'annulation de cette mesure individuelle alors que les autres personnes auxquelles a été appliquée la même réglementation doivent en supporter les conséquences en dépit de son illégalité.

Le principe d'égalité ne saurait être ici invoqué pour imposer l'application d'un régime uniforme à tous les destinataires de la réglementation illégale: d'une part, l'absence de recours exercés contre les décisions appliquant celle-ci à d'autres que le requérant interdit de les annuler malgré leur illégalité certaine ; d'autre part, l'illégalité entachant la réglementation en cause, pertinemment relevée par l'individu audacieux, impose d'annuler la décision individuelle lui appliquant cette réglementation.

L'administration, si elle peut édicter une nouvelle réglementation applicable à tous pour l'avenir, semble donc contrainte, par l'effet mécanique de la décision juridictionnelle, de laisser persister, pour le passé, une différence entre l'individu ayant contesté la décision individuelle le concernant et tous ceux qui n'ont pas contesté les décisions similaires prises à leur endroit.

Elle ne saurait en effet mettre en oeuvre son pouvoir de retirer l'acte réglementaire illégal pour lui en substituer un nouveau, d'application générale et rétroactive. Si elle dispose du pouvoir de retirer ce type d'actes, en raison du fait qu'ils ne créent pas de droits par eux-mêmes, elle ne peut cependant plus le mettre en oeuvre dès lors que des décisions elles-mêmes créatrices de droits ont été prises sur le fondement de l'acte réglementaire en cause et sont devenues définitives. Les règles du retrait des décisions créatrices de droits sont en effet susceptibles de paralyser indirectement celles du retrait des actes non créateurs de droits⁷⁷. Or, dans l'hypothèse ici examinée, les décisions individuelles prises à l'égard d'autres personnes que l'auteur du recours sont presque certainement devenues définitives au moment

⁷⁷ CE, 4 déc. 2009, n° 315818, *Mme Lavergne*, Lebon p. 489; AJDA 2009. 2318; D. 2010. 15; *ibid.* 1442, obs. F. Granet-Lambrechts; AJ fam. 2010. 46, obs. I. Gallmeister; RFDA 2010. 175, obs. T. Pez; Constitutions 2010. 287, obs. O. Le Bot; RTD civ. 2010. 295, obs. J. Hauser.

où le juge prononce la déclaration de l'illégalité de la réglementation qui leur a servi de fondement.

L'administration ne paraît pas plus avoir le droit d'adopter une nouvelle réglementation destinée à régir la situation antérieure des individus ayant obtenu l'annulation des décisions individuelles prises sur le fondement de la réglementation initiale déclarée illégale puisque celle-ci existe toujours même si elle n'est plus applicable. Il est en effet inconcevable que deux règlements distincts coexistent pour régir les mêmes faits au même moment.

En supposant donc que l'illégalité de la tarification antérieure permette l'édiction d'une nouvelle réglementation rétroactive pour couvrir la même période et fonder une nouvelle facturation à l'usager ayant obtenu l'annulation de la première facture, le maintien en vigueur de la tarification initiale semble interdire à l'administration de faire ainsi coexister deux réglementations applicables aux mêmes faits. Tel était précisément la difficulté soumise par l'affaire Anschling. Elle n'était pas insurmontable.

D'une part, ainsi que cela a été excellemment montré par Mme de Barmon, si l'on excepte la question de l'absence d'annulation de la tarification initiale qui n'avait été que déclarée illégale, la rétroactivité de la nouvelle tarification était souhaitable puisque la tarification antérieure à celle déclarée illégale n'était pas applicable. Il était donc nécessaire, au nom de la continuité du service public, d'adopter une nouvelle réglementation susceptible de fonder a posteriori le versement du prix des prestations de service public antérieurement fournies à l'usager. Sur ce point, la décision de Section n'innove pas.

D'autre part, le fait que la tarification initiale n'ait pas été annulée mais simplement déclarée illégale et qu'elle ait été ainsi toujours en vigueur, bien qu'inapplicable, ne constituait pas un obstacle radical à l'édiction d'une nouvelle réglementation tarifaire. Pour s'en convaincre, il convient de considérer son champ d'application *ratione personae*. La nouvelle tarification est uniquement destinée à permettre de fonder le versement du prix du service public par les usagers ayant obtenu l'annulation de leur facture initiale. Les autres usagers ne seront absolument pas affectés par cette nouvelle tarification. Or, puisque les

décisions individuelles initiales concernées par la nouvelle tarification rétroactive ont toutes été annulées par le juge administratif, rien ne s'oppose à ce que l'administration prononce le retrait de la réglementation tarifaire antérieure en tant qu'elle concerne les usagers ayant contesté et obtenu l'annulation de leur facture initiale. Ce retrait est en effet possible car, comme il a été rappelé précédemment, le retrait d'un acte réglementaire est légal tant que les décisions éventuellement créatrices de droits prises sur son fondement ne sont pas devenues définitives. En l'occurrence, les décisions de facturation initiales ne le sont évidemment pas devenues puisqu'elles ont même disparu du fait de leur annulation.

Le retrait de la tarification initiale illégale, s'il est strictement limité aux personnes ayant obtenu l'annulation juridictionnelle du titre exécutoire émis à leur encontre, est donc parfaitement légal.

Dès lors, l'administration, qui se trouve dans l'hypothèse classique dans laquelle aucune tarification n'est susceptible de régir des prestations déjà fournies, est autorisée à prendre une nouvelle tarification à portée rétroactive destinée à fonder la facturation de ces prestations au nom de la continuité du service public.

Si deux réglementations tarifaires coexistent pour la facturation d'un même service à un même moment, elles n'ont néanmoins pas le même champ d'application *ratione personae*: l'une – celle déclarée illégale et toujours en vigueur – a servi à facturer ce service initialement et a fondé le versement du prix par les usagers n'ayant pas agi en justice ; l'autre – nouvellement édictée et rétroactive – sert à retirer la première en tant qu'elle s'appliquait aux usagers ayant contesté et obtenu l'annulation de leur facture initiale et à fonder l'émission à leur encontre d'un nouveau titre exécutoire pour qu'ils s'acquittent du prix de la prestation dont ils ont bel et bien bénéficié.

L'arrêt *Anschling* ne remet donc pas en cause le principe selon lequel le droit abrogé ne revit jamais du fait de la déclaration d'illégalité. Seul peut être appliqué un acte éventuellement non abrogé, hypothèse dont le caractère relativement exceptionnel a été constaté. L'interdiction d'appliquer l'acte déclaré illégal, en vertu d'un principe déduit du principe de légalité, jointe à la non résurrection du droit antérieur à l'acte déclaré illégal n'est

pourtant pas source de vide juridique. En effet, l'administration dispose du pouvoir d'abroger l'acte déclaré illégal et de lui en substituer un nouveau applicable à l'avenir. Elle peut même, dans des circonstances aussi particulières que celles de l'affaire Anschling, retirer cet acte et lui en substituer un nouveau à portée rétroactive.

Cette combinaison des effets de la déclaration d'illégalité et des pouvoirs de l'administration permet à l'exception d'illégalité de conserver son autonomie par rapport au recours pour excès de pouvoir. Ses effets moindres sur l'acte, en raison des contraintes procédurales qui la caractérisent, ne font pas naître de vide juridique.

IL RECLUTAMENTO UNIVERSITARIO NELLA REALTÀ FEDERALE TEDESCA

(Settembre 2015)

Cristina FRAENKEL-HAEBERLE

INDICE:

1. LA PARTICOLARE FISIONOMIA DELL'UNIVERSITÀ NELLA REALTÀ FEDERALE TEDESCA

1.1 Premessa

1.2 Il modello tedesco tra federalismo cooperativo e competitivo

*1.3 La dissociazione delle competenze in ambito universitario operata dalla
riforma del federalismo del 2006*

2. IL RECLUTAMENTO UNIVERSITARIO NELLA REALTÀ TEDESCA

2.1 Il sistema della "Habilitation"

2.2 Il modello del professore junior (Juniorprofessur)

2.3 La chiamata in cattedra dei docenti universitari

*2.4 Gli aspetti retributivi del reclutamento universitario: la spinosa questione
della W-Besoldung*

2.5 Limiti alla mobilità dei professori universitari

*2.6 Il precariato nei rapporti di lavoro universitari delle fasce intermedie
(Mittelbau)*

3. CONCLUSIONI E SPUNTI COMPARATIVI

1. LA PARTICOLARE FISIONOMIA DELL'UNIVERSITÀ NELLA REALTÀ FEDERALE TEDESCA

1.1 Premessa

Una descrizione sintetica del percorso necessario a salire in cattedra in un'università tedesca si scontra innanzitutto con una difficoltà e cioè con la considerazione che la cultura

e l'istruzione, inclusi gli studi superiori, in Germania rientrano tradizionalmente nella competenza dei *Länder* tedeschi che disciplinano autonomamente lo status giuridico ed economico del personale accademico¹. La particolare fisionomia del modello tedesco dell'istruzione universitaria e della ricerca si caratterizza inoltre soprattutto per la sua articolazione su due binari separati, cosiddetta *Versäulung*, cioè per essere un sistema articolato su due colonne. Vi è da un lato l'istruzione universitaria che i *Länder* rivendicano gelosamente come propria prerogativa, dall'altro esistono prestigiosi centri di ricerca extrauniversitaria facenti capo a quattro organizzazioni di vertice, cioè alla *Max-Planck-Gesellschaft*, alla *Leibniz-Gemeinschaft*, alla *Fraunhofer-Gesellschaft* e alla *Helmholtz-Gemeinschaft*, gestiti e finanziati dalla Federazione. Questa dicotomia percorre in filigrana la realtà tedesca, rappresentandone un tratto saliente. Soprattutto in esito alla riforma del federalismo del 2006² la forte accentuazione sull'autonomia dei *Länder* si è confrontata con l'esigenza di un adeguato coordinamento a livello nazionale: il principio costituzionale dell'omogeneità, cioè dell'"uniformità delle condizioni di vita"³ su tutto il territorio nazionale, si è contrapposto alla forte competizione posta in atto dai *Länder* nell'ambito della cultura e dell'istruzione. Quest'assetto ha determinato la necessità di ricercare un giusto equilibrio tra cooperazione e competizione, tra unitarietà e differenziazione degli attori istituzionali.

1.2 Il modello tedesco tra federalismo cooperativo e competitivo

Enucleata In una retrospettiva storica il federalismo universitario nella realtà tedesca ha inizialmente seguito un approccio cooperativo. Con la fondazione del "Consiglio della scienza" (*Wissenschaftsrat*)⁴, avvenuta negli anni '50, come organo di consulenza del

¹ Ai sensi dell'art. 74, c. 1 n. 27 GG è attribuita alla competenza concorrente della Federazione la regolamentazione dei diritti e degli obblighi dei pubblici funzionari dei *Länder* e dei Comuni, ad eccezione della disciplina delle carriere, del trattamento retributivo e previdenziale che sono attribuiti alla potestà legislativa dei *Länder*.

² Legge di modifica della Legge Fondamentale del 28.8.2006 (BGBl I p. 2039).

³ Art. 72 GG.

⁴ Accordo amministrativo tra la Federazione e i *Länder* sull'istituzione del *Wissenschaftsrat* del 5.9.1957 nel testo vigente dal 1.1.2008, cfr. www.wissenschaftsrat.de/

Governo federale e dei Governi dei *Länder*, ci si proponeva, infatti, di creare un'istituzione all'interfaccia tra la Federazione e i *Länder*, tra lo Stato e l'economia.

Un'altra vera e propria svolta nel panorama universitario è stata poi rappresentata dalla modifica costituzionale del 1969⁵. In considerazione dello scarso coordinamento della politica dei *Länder* nell'ambito del diritto universitario, con questa riforma costituzionale si è voluta incentivare una maggiore cooperazione tra la Federazione e i *Länder*, che si è concretizzata nell'introduzione di una "competenza quadro federale (concetto equiparabile alla competenza legislativa concorrente italiana)⁶ e nell'istituzione di "compiti comuni", cioè di funzioni esercitate congiuntamente dalla Federazione e dai *Länder*. Questa gestione comune riguardava tre settori fondamentali: l'edilizia universitaria, la promozione della ricerca e la programmazione dell'istruzione⁷. Si è così giunti al varo della legge quadro sull'università, entrata in vigore 1976⁸, concepita come strumento per unificare e stabilizzare il sistema universitario. La Federazione ha acquisito il potere di emanare norme generali di principio in ambito universitario, poiché la crescente complessità della materia faceva ritenere che i singoli *Länder* non fossero più in grado da soli di svolgere autonomamente questa funzione. La legge quadro sull'università ha rappresentato il punto di partenza di un federalismo cooperativo molto spinto, oltre che di una politica sovraregionale di sostegno alla ricerca, anche extrauniversitaria. Secondo un'evoluzione ben nota anche alla realtà italiana, la facoltà attribuita alla Federazione di emanare leggi cornice si è però tradotta in

download/archiv/Verwaltungsabkommen.pdf. Sia consentito di rinviare sul punto a C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Die Universität im Mehrebenensystem – Modernisierungsansätze in Deutschland, Italien und Österreich*, Tübingen 2014, p. 43 s.

⁵ Legge di modifica della legge fondamentale del 22.5.1969, BGBl. I, p. 363

⁶ Art. 75 n. 1a GG (testo abrogato).

⁷ G. SANDBERGER, *Die Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich*, in: Europäisches Zentrum für Föderalismusforschung (a cura di), *Jahrbuch des Föderalismus*, Tübingen, 2008, p. 171.

⁸ *Hochschulrahmengesetz* (HRG) nel testo pubblicato il 19.1.1999 (BGBl. I, p. 18), modificato da ultimo dall'art. 2 della legge del 12.4.2007 (BGBl. I, p. 506).

realtà in disposizioni di dettaglio, con cui la Federazione esercitava una forte ingerenza nelle prerogative dei *Länder*⁹.

Allo scopo di limitare questo strapotere della Federazione si è giunti nel 1994¹⁰ a una nuova riforma costituzionale con cui si è introdotta la cosiddetta “clausola di necessità” (*Erforderlichkeitsklausel*), secondo la quale un intervento della Federazione deve essere giustificato dall’esigenza di realizzare l’uniformità delle condizioni di vita¹¹. Si è così tentato di arginare l’invasione delle leggi quadro federali. Anche sulla scorta di questa clausola i *Länder* sono divenuti sempre più insofferenti ai vincoli imposti dalla legge quadro sull’università e ha iniziato a delinearsi una nuova spinta verso un assetto più marcatamente federale¹². Tale evoluzione si fondava sull’assunto secondo cui il diritto universitario veniva tradizionalmente percepito dai *Länder* come una materia loro attribuita e ricavata dalla loro competenza costituzionale nel settore della cultura¹³.

Il processo di riforma verso un assetto federale più marcato ha avuto inizio con l’abrogazione delle disposizioni a carattere organizzativo della legge quadro sull’università attraverso la sua quarta novella (legge del 20 agosto 1998)¹⁴. Con questa riforma si è voluto promuovere un forte ridimensionamento della legislazione federale allo scopo di consentire una maggiore diversificazione del diritto universitario¹⁵. Secondo il disposto introdotto con tale modifica legislativa e tuttora vigente¹⁶: “Le università sono [...] di regola enti corporativi di diritto pubblico e contemporaneamente istituzioni statali. Possono essere istituite anche in

⁹ G. SANDBERGER, *Die Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich*, cit., p. 162.

¹⁰ Grundgesetznovelle del 27.10.1994, BGBl. I, p. 3146.

¹¹ „[...]wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“ (art. 72, c. 2 GG).

¹² K.-F. GÄRDITZ, *Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, Tübingen, 2009, p. 22 f.

¹³ Art. 30 e art. 70 GG.

¹⁴ Viertes HRGÄnderG del 20.8.1998 (BGBl. I, p. 2190).

¹⁵ W. KAHL, *Hochschule und Staat*, Tübingen, 2004, p. 94.

¹⁶ § 58, c. 1 HRG.

altra forma. Hanno il diritto di auto-amministrarsi nell'osservanza delle disposizioni di legge". Ai sensi di questa norma, le università possono assumere varie forme giuridiche pubbliche e private¹⁷. A questa modifica legislativa le università hanno reagito introducendo una normativa fortemente differenziata. In sostanza negli ultimi decenni i *Länder* hanno difeso ad oltranza le loro prerogative in ambito universitario, definite *Hausgut*, cioè "patrimonio di famiglia"¹⁸.

Si è optato per un forte decentramento allo scopo di contrastare un'evoluzione che aveva determinato nel corso dei decenni un intreccio inestricabile nell'assetto competenziale¹⁹. Tale modello normativo prescindeva da una separazione dei livelli decisionali e imponeva un loro collegamento: la potestà legislativa era quasi generalmente attribuita alla Federazione, anche se i *Länder* dovevano poi dare esecuzione alle leggi con le proprie risorse finanziarie, risultando a loro volta dipendenti dalla legislazione federale che stabiliva l'entità delle loro entrate²⁰. Si era così determinata una situazione, in cui i *Länder* erano responsabili dell'esecuzione delle leggi federali, mentre la Federazione teneva in mano le cosiddette "briglie d'oro" (*goldene Zügel*), cioè i cordoni della borsa, dovendo però contrastare i veti dei *Länder* all'interno del *Bundesrat*. Questo stato di cose era stato ritenuto un vero e proprio paradosso del federalismo tedesco, considerando che la Federazione

¹⁷ IBIDEM, p. 94.

¹⁸ BVerfG sentenza dell'8.2.1977, BVerfGE 43, 291, 348 (cosiddetta seconda sentenza sulle facoltà a numero chiuso). Secondo questa pronuncia del Tribunale costituzionale federale la politica dell'istruzione e quella scolastica rappresenterebbero il "patrimonio di famiglia" (*Hausgut*) dei *Länder*, essendo quindi sottratte alla competenza normativa della Federazione".

¹⁹ F. W. SCHARPF, *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, Frankfurt am M., 2009, p. 5; cfr. anche S. KROPP, *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, Wiesbaden, 2010; R. THOMAS BAUS, H. SCHELLER, R. HRBEK (a cura di), *Der deutsche Föderalismus 2020, Die bundesstaatliche Kompetenz- und Finanzverteilung im Spiegel der Föderalismusreform I und II*, Baden-Baden, 2009; A. BENZ, *Konstruktive Vetospiele in Mehrebenensystemen*, in: R. Mayntz, W. Streeck (a cura di), *Die Reformierbarkeit der Demokratie. Innovationen und Blockaden. Festschrift für Fritz Scharpf*, Frankfurt/New York, 2003, p. 205; F. W. SCHARPF (a cura di), *Theorie und Empirie des kooperativen Föderalismus der Bundesrepublik*, Frankfurt, 1976.

²⁰ F.W. SCHARPF, *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, cit., p. 7.

disponeva di buona parte delle risorse finanziarie, i *Länder* invece di gran parte delle competenze²¹.

1.3 La dissociazione delle competenze in ambito universitario operata dalla riforma del federalismo del 2006

La riforma del 2006 ha abrogato la legislazione quadro, sottraendo alla Federazione il potere di varare leggi che stabiliscono principi generali in ambito universitario²². La legge quadro sull'università, che sopravvive grazie ad una disposizione transitoria, dovrà essere progressivamente sostituita dal diritto dei *Länder*²³. Sono così venute meno proprio quelle competenze della Federazione che avevano dato adito ai maggiori conflitti di attribuzione con i *Länder*, soprattutto in relazione alla questione delle tasse universitarie²⁴ e dei "professori junior"²⁵, su cui ci si soffermerà più avanti. In proposito il Tribunale costituzionale federale aveva seguito un orientamento, secondo cui il varo di norme di cornice

²¹ M. SECKELMANN, *Das sog. „Kooperationsverbot“ und die Mittel zu seiner Behebung – Sollen Art. 91b bzw. 104b GG modifiziert werden?*, in: DÖV, 2012, p. 701.

²² Art. 75, c. 1, n. 1a GG vecchio testo.

²³ Art. 125a, c. 1, 2° periodo GG. Cfr. sul punto M. SECKELMANN, *Rechtliche Grundlagen und Rahmensetzung*, in Dagmar Simon et al. (a cura di), *Handbuch Wissenschaftspolitik*, Heidelberg, 2010, p. 227; F. J. LINDNER, *Darf der Bund das Hochschulrahmengesetz aufheben?*, in: NVwZ, 2007, p. 182. Cfr. anche J. A. KÄMMERER, *Die Föderalismusreform – Zurück zum Provisorium?*, in: NJW-Editorial, 2006, p. III; D. KRAUSNICK, *Aus dem Rahmen gefallen: Die Hochschulgesetzgebung des Bundes vor dem Aus?*, in: DÖV, 2005, p. 902;

²⁴ BVerfG sentenza del 26.1.2005, BVerfGE 112, 226. In questa pronuncia il Tribunale costituzionale federale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto disposto con legge federale di riscossione delle tasse universitarie da parte dei *Länder*, non rientrando questa competenza nelle attribuzioni della Federazione (cfr. EuGRZ, 2005, p. 63); sulla tematica cfr. ex multis B. PIEROTH, K. HAGHGU, *Studienplatzbezogener Vorteilsausgleich durch Länderstaatsvertrag*, in: DVBl, 2007, p. 1; M. BOSSE, *Zur Rechtmäßigkeit des nordrhein-westfälischen Studiengebührenmodells – Zugleich eine kritische Auseinandersetzung mit dem Kronthaler-Gutachten*, in: NWVBl, 2007, p. 87.

²⁵ Sentenza del Tribunale costituzionale federale (BVerfGE 111, 226 del 27.7.2004, in: NJW, 2004, p. 2803 ss.); Cfr. sul punto H. LECHER, *Begrenzte Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Reform des Hochschulrechts*, in: C.-E. Eberle et al. (a cura di), *Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift für Winfried Brohm zum 70. Geburtstag*, München, 2002, p. 421; L. KNOPP, *Die „Juniorprofessur“ auf dem Prüfstand des Bundesverfassungsgerichts*, in: ZBR, 2005, p. 145; M.-E. GEIS, *Wider den Berliner Kulturzentrismus – Das Karlsruher Urteil zur Juniorprofessur*, in: *Forschung & Lehre*, 2004, p. 478; H. HOINS, *Die Juniorprofessur als Zentralfigur der Personalstrukturreform an den Hochschulen*, in: NVwZ, 2003, p. 1343.

da parte della Federazione richiedeva la verifica della necessità di una normativa unitaria a livello federale²⁶ e presupponeva inoltre che i *Länder* non potessero disciplinare la materia, né con proprie autonome norme, né con disposizioni reciprocamente coordinate²⁷. Tra gli svantaggi che la legislazione di cornice presentava si stigmatizzava la sua incompatibilità con la competenza legislativa residuale spettante ai *Länder*²⁸, oltre che il carattere farraginoso del procedimento a due gradini, articolato nel varo di una legge quadro della Federazione e di una normativa di dettaglio da parte dei *Länder*. Si aggiunga a ciò – come è stato rilevato nella pronuncia sui professori junior in cui è stata dichiarata incostituzionale la legge federale che aboliva il requisito della *Habilitation* (idoneità accademica) per accedere ad una cattedra universitaria – che si era riscontrata la propensione della Federazione a invadere l’ambito di competenze dei *Länder* con una normativa eccessivamente dettagliata, motivo per cui si è optato per la totale eliminazione di questa modalità legislativa.

La modifica più saliente in ambito universitario, introdotta dalla riforma costituzionale del 2006, riguarda però l’abolizione del “compito comune” dell’edilizia scolastica. Prima di questa riforma del federalismo era prevista la partecipazione della Federazione “all’ampliamento o alla nuova costruzione di edifici universitari incluse le cliniche universitarie” (art. 91a, c. 1, n. 1, GG). I vincoli di bilancio imposti ai Parlamenti dei *Länder* dalle decisioni adottate dalle Conferenze unificate tra la Federazione e i *Länder*, in cui la Federazione era sempre in una posizione di vantaggio a causa del suo potere finanziario, avevano trasformato nel corso degli anni questo compito comune in un peso insostenibile per i *Länder*, gravando fortemente sui loro bilanci e limitando il loro margine di azione politico e quindi la loro autonomia finanziaria²⁹. L’ampliamento delle sedi universitarie secondo questo criterio aveva messo in difficoltà soprattutto i *Länder* meno facoltosi. Inoltre questo procedimento si era rivelato particolarmente pesante e farraginoso,

²⁶ Art. 72, c. 2 GG (testo abrogato).

²⁷ M. SECKELMANN, „Renaissance“ der Gemeinschaftsaufgaben in der Föderalismusreform II, in: DÖV, 2009, p. 751.

²⁸ Art. 70 GG.

²⁹ S. KROPP, *Kooperativer Föderalismus und Politikverflechtung*, cit., p. 83.

sia nella fase di programmazione, sia in quella di esecuzione³⁰. I vincoli imposti alle risorse finanziarie dei *Länder* da parte della Federazione venivano visti come una violazione di fatto del principio della sovranità popolare in materia finanziaria, oltre che dell'ordinamento federale.

Con la riforma del 2006 la cooperazione strutturale tra la Federazione e i *Länder* è stata limitata al settore dei centri di ricerca extrauniversitari incluse le grandi apparecchiature. Si è quindi salvata una piccola frazione del precedente compito comune, effettuando il ritaglio di una nuova competenza che riguarda in particolare le grandi apparecchiature in dotazione dei centri di ricerca con volumi di investimento che normalmente superano le disponibilità economiche di un *Land*. Inoltre questo compito comune è stato trasformato da attività vincolante in cooperazione facoltativa³¹. La cooperazione a livello scientifico tra la Federazione e i *Länder* prevede ora la stipula di accordi amministrativi in presenza di attività a carattere sovraregionale, cioè qualora si voglia promuovere la scienza e la ricerca oltre i confini del singolo *Land* in un contesto nazionale ed internazionale³². A queste condizioni è stata prevista “la realizzazione di strutture e di progetti di ricerca scientifica esternamente alle università, di progetti scientifici e di ricerca nelle università, nonché di edifici destinati alla ricerca, incluso l’acquisto di grandi apparecchiature”³³. Diversamente dal precedente assetto normativo che prevedeva che la Federazione e i *Länder* avessero la possibilità di collaborare nel finanziamento di “strutture e progetti” di ricerca scientifica di rilevanza sovraregionale è stata introdotta dalla riforma una restrizione concettuale: le strutture di ricerca potevano essere cofinanziate dalla Federazione solo *esternamente* alle Università, mediante risorse stanziare dalla *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, istituzione paragonabile al C.N.R. italiano e preposta al finanziamento della ricerca di base, oppure destinate alle menzionate quattro principali organizzazioni di vertice operanti nella ricerca extrauniversitaria, cioè alla *Max-Planck-Gesellschaft*, alla *Leibniz-Gemeinschaft*, alla

³⁰ G. SANDBERGER, *Die Umsetzung der Föderalismusreform im Hochschulbereich*, cit., p. 162.

³¹ M. SECKELMANN, „Renaissance“ der Gemeinschaftsaufgaben, cit., p. 748.

³² G. HENNEKE, in: Schmidt-Bleibtreu et. al (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, art. 91b, n. 5.

³³ Art. 91b, c. 1 GG.

Fraunhofer-Gesellschaft e alla *Helmholtz-Gemeinschaft*,³⁴. In sintesi la promozione della ricerca universitaria da parte della Federazione non poteva estendersi agli aspetti strutturali. Era rimasta invece sostanzialmente immutata la possibilità offerta alla Federazione e ai *Länder* di collaborare sulla base di accordi per la promozione di progetti interni ed esterni all'università³⁵. Tale distinzione tra progetti e infrastrutture universitarie si è però rivelata artificiosa alla prova dei fatti, sia a causa della necessaria interconnessione tra le iniziative di ricerca e la creazione delle necessarie infrastrutture, sia in presenza di cooperazioni tra istituti di ricerca extrauniversitari e università. Dopo lunga discussione, si è quindi recentemente giunti a una nuova modifica costituzionale che ha abolito questa dicotomia³⁶.

In sintesi dall'inizio degli anni novanta del secolo scorso la tendenza verso un decentramento delle competenze e la lotta dei *Länder* federati per l'autonomia rappresentano un tratto saliente del sistema universitario tedesco, opponendosi alle spinte unificatrici. La riforma federale del 2006 è stata ispirata dal proposito di razionalizzare il riparto delle funzioni mediante un ridimensionamento delle competenze federali in ambito scientifico, la promozione della concorrenza interfederale, la dissociazione dei poteri e l'eliminazione del finanziamento misto.

La riforma costituzionale tedesca ha esaltato il ruolo del legislatore federale nel finanziamento della ricerca come compito di rilievo nazionale. Si è contemporaneamente avuto un ridimensionamento delle competenze della Federazione in materia di edilizia scolastica e di programmazione dell'istruzione, a cui ha corrisposto un ampio potenziamento dell'autonomia dei *Länder* nello svolgimento di questi compiti. In considerazione però dell'importanza strategica di questa competenza per la Federazione e i *Länder* si è sostanzialmente scelto di introdurre a livello costituzionale una soluzione flessibile e differenziata: la Federazione mantiene sostanzialmente il proprio potere di ricorrere ad una

³⁴ L. KNOPP, *Föderalismusreform – zurück zur Kleinstaaterei?*, in: NVwZ, 2006, p. 1218.

³⁵ V. HAUG, *Besser als ihr Ruf – die Föderalismusreform I im Hochschulbereich*, cit., p. 179.

³⁶ Legge di modifica della Legge Fondamentale (articolo 91b) del 23.12.2014 (BGBl. I p. 2438), entrata in vigore il 01.01.2015.

cooperazione con i *Länder* solo quando una disciplina unitaria si pone nell'interesse nazionale. Altrimenti questa competenza è stata interamente affidata ai *Länder*³⁷.

Il favore con cui i *Länder* hanno accolto la riforma si spiega non solo con il loro desiderio di ampliare le proprie competenze legislative, bensì anche considerando la loro aspirazione a recuperare l'autonomia finanziaria in ambito universitario, fortemente compromessa dai compiti comuni e dal conseguente finanziamento misto³⁸. Con la riforma i *Länder* hanno voluto opporsi alla definizione unilaterale delle priorità imposta dalle “briglie d'oro” della Federazione. Questo sistema li aveva, infatti, indotti a cofinanziare delle spese unicamente per non perdere il contributo federale.

Le nuove competenze dei *Länder* rischiano però di provocare una frammentazione dell'assetto normativo. Anche in esito alla *deregulation* organizzativa, introdotta in ambito universitario dalla riforma del 1998 della legge quadro sull'Università, si riscontra ora sia una forte differenziazione nella *governance* delle Università, sia una nuova definizione dei rapporti di forza tra gli atenei e lo Stato sulla scorta delle varie forme giuridiche assunte dalle Università e del loro diverso grado di autonomia. Ormai il panorama universitario tedesco è caratterizzato da almeno 16 leggi diverse a livello dei *Länder*. Da questo decentramento normativo emerge un paesaggio universitario disomogeneo anche in relazione allo status giuridico ed economico del personale docente, che è oggetto specifico della presente trattazione. In particolare sul fronte del reclutamento universitario risulta fortemente marcata la competizione tra i *Länder* per aggiudicarsi i migliori cervelli. Nonostante queste particolarità un filo conduttore comune nel modello tedesco può essere individuato nelle tappe che si devono percorrere per essere ammessi a partecipare a una selezione per accedere a una cattedra, che rappresentano il cuore di questo intervento.

³⁷ G. HENNEKE, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, *Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 91b, n. 16.

³⁸ F. W. SCHARPE, *Föderalismusreform. Kein Ausweg aus der Politikverflechtungsfalle?*, cit., p. 110.

2. IL RECLUTAMENTO UNIVERSITARIO NELLA REALTÀ TEDESCA

2.1 Il sistema della “Habilitation”

In Germania, e generalmente nell’area germanofona, un requisito imprescindibile per diventare professore universitario era rappresentato in passato dal conseguimento dell’idoneità accademica, cosiddetta *Habilitation*. Questo istituto affonda le sue radici nella storia medioevale, quando *habilitare*, rappresentava il conferimento da parte di un’autorità ecclesiastica della *licentia ubique docendi*, cioè della facoltà di insegnare in tutta la cristianità³⁹.

Attualmente la *Habilitation* presuppone il conseguimento del dottorato di ricerca e la dimostrazione della capacità di operare autonomamente nell’insegnamento e nella ricerca. Tale idoneità è comprovata dall’esperienza didattica già maturata in ambito universitario e da un’ampia gamma di pubblicazioni scientifiche e in particolare dalla *Habilitationsschrift*, cioè da un corposo studio monografico oggetto di valutazione da parte della commissione di esame. Questa è tuttora la prassi nelle facoltà giuridiche e umanistiche, anche se in determinate discipline, come le scienze economiche e sociologiche oppure nelle cosiddette “scienze dure”, sta prendendo sempre più piede l’utilizzo di pubblicazioni cumulative in luogo di un lavoro monografico. Se il lavoro di abilitazione viene valutato positivamente da tutti i *referee*, il candidato viene ammesso alla discussione, che si concreta, a seconda delle facoltà, in un colloquio sul lavoro di abilitazione, oppure in una lezione universitaria dinanzi al Senato accademico in una seduta aperta al pubblico e in un conseguente colloquio scientifico.

Superata questa prova il candidato ottiene la *facultas docendi* per un certo numero di materie, comprovate dalle pubblicazioni scientifiche⁴⁰. In un momento successivo terrà una solenne lezione pubblica (*Antrittsvorlesung*) in cui gli verrà conferita la *venia legendi*, cioè il diritto-dovere di insegnare. Assumerà il titolo di *Privatdozent* (PD) che comporta l’obbligo di svolgere gratuitamente un determinato numero di ore di lezione all’Università.

³⁹ J. VERGER, *Grundlagen*, in Walter Rüegg (a cura di), *Die Geschichte der Universität in Europa*, vol. 1, München, 1993, p. 49.

⁴⁰ Per le materie giuridiche è fondamentale ottenere la *venia* in diritto pubblico, poiché questa consente di accedere alle selezioni per una cattedra, di patrocinare dinanzi al Tribunale costituzionale federale e di divenire membro della *Deutsche Staatsrechtslehrervereinigung* (Associazione tedesca dei teorici dello Stato).

Qualora tale obbligo didattico non possa essere assolto, il titolo verrà convertito in “Dr. habil”.

2.2 Il modello del professore junior (*Juniorprofessur*)

La *Habilitation*, che tuttora rappresenta la via maestra per accedere a una cattedra universitaria, è stata recentemente oggetto di una controversa riforma. Nel 2002 il legislatore federale ha introdotto le cosiddette *Juniorprofessuren*, cioè cattedre da assegnare mediante una procedura di selezione a giovani ricercatori che avessero brillantemente concluso il dottorato di ricerca⁴¹. L’obiettivo della *Juniorprofessur* è quello di educare i giovani all’autonomia nella didattica e nella ricerca oltre che di razionalizzare l’accesso alla carriera accademica, senza le costrizioni imposte dall’abilitazione. L’idoneità alla carriera universitaria deve essere invece comprovata dalla redazione di un secondo studio monografico e da una specifica valutazione.

Questo sistema prevede contratti a tempo determinato di tre anni rinnovabili una volta. Alla fine di questo percorso il professore junior che abbia ottenuto una valutazione positiva può concorrere per un posto di professore di ruolo. Questa normativa federale che sostituiva il modello della *Habilitation* è stata dichiarata – come si è detto – costituzionalmente illegittima nel 2004 dal Tribunale costituzionale, perché lesiva delle competenze dei *Länder*. Da allora è stato ripristinato il sistema della *Habilitation*, con il quale convive il percorso del professore junior.

A dodici anni dall’introduzione di questa figura professionale è stata effettuata l’anno scorso una ricognizione della concreta tenuta del modello. La *Hans-Böckler-Stiftung* ha commissionato una ricerca, effettuata dal *Centrum für Hochschulentwicklung* (CHE) e dall’*Institut für Hochschulforschung Halle-Wittenberg* (HoF)⁴². I risultati dello studio hanno evidenziato la buona riuscita dell’esperimento. Su un campione di circa 300 ex

⁴¹ Quinta modifica della legge quadro sull’Università (5. HRGÄndG) del 23.02.2002, BGBl. I, p. 693.

⁴² La ricerca è stata presentata in un apposito convegno, cfr. http://www.ch.e.de/cms/?getObject=250&getLang=de&strAction=programm&PK_Veranstaltungen=433.

Juniorprofessoren interpellati (che avevano già concluso il previsto percorso di sei anni) solo il 5% ha trovato lavoro esternamente al mondo accademico. Il rimanente 95% è riuscito a salire in cattedra dopo i sei anni canonici, mentre il 78% non ha nemmeno esaurito questo periodo esennale, aggiudicandosi una cattedra prima che terminasse. L'83% ha ottenuto una cattedra senza abilitazione, fatto che dimostra come la *Juniorprofessur* si stia profilando in molte discipline come alternativa alla carriera accademica tradizionale. Sono stati interpellati anche gli *Juniorprofessoren* attuali, che hanno rilevato in termini positivi l'autonomia di cui godono nell'attività didattica e della ricerca, stigmatizzando invece la scarsa pianificabilità del futuro lavorativo e quindi auspicando l'introduzione di una *tenure-track* allo scopo di ridurre lo stress psicologico determinato dall'incertezza connessa alla loro condizione e di accrescere la loro motivazione lavorativa⁴³.

2.3 La chiamata in cattedra dei docenti universitari

Una particolarità del sistema tedesco, volta a contrastare il localismo e il nepotismo dei singoli atenei, è rappresentata dal “divieto di chiamata in casa” di un professore da parte dell'università di provenienza (*Hausberufungsverbot*), derogabile solo in situazioni eccezionali. Con questa regola non scritta, ma generalmente osservata, si mira a stabilire un maggiore controllo esterno sulla nomina dei professori universitari, ostacolando la creazione di baronie nei singoli atenei, oltre che a promuovere una più ampia circolazione del personale accademico che peraltro tende a cambiare ripetutamente la propria sede universitaria nel corso della vita lavorativa.

Una volta soddisfatti, con il conseguimento dell'idoneità accademica o mediante il percorso della *Juniorprofessur*, i requisiti per concorrere per una cattedra, si può partecipare a una valutazione comparativa con altri candidati presso un'università che bandisca un posto vacante. A tale scopo viene insediata una commissione giudicatrice che, previo esame dei candidati, redige una lista con una terna di nominativi da sottoporre alla facoltà.

⁴³ Cfr. S. NICKEL, A. RATHMANN, *Die Juniorprofessur – Bewährungsprobe bestanden, Empirische Erkenntnisse und Reformanregungen*, in: *Forschung & Lehre*, 2014, p. 718.

Nemmeno la chiamata in cattedra di un professore universitario è disciplinata unitariamente in Germania. Mentre in alcuni *Länder* essa è effettuata direttamente dalle Università (ed è questo il modello prevalente), in altri è previsto che la nomina sia gestita congiuntamente tra l'autorità statale (del Land) e l'Università (Baden-Württemberg e Sassonia-Anhalt) oppure che sia attribuita *in toto* al Ministero (Berlino, Brema, Bassa Sassonia, Renania Palatinato). La Bassa Sassonia presenta la particolarità di disporre di Università aventi la forma giuridica di fondazioni. In questi atenei la decisione sulla nomina di un professore è adottata dalla presidenza della Fondazione, per essere poi sottoposta alla ratifica o del Consiglio della Fondazione o del Ministero competente previo parere conforme del Senato accademico⁴⁴. Nelle università federali della *Bundeswehr* di Monaco e Amburgo è invece il Ministro federale della difesa a essere competente per la nomina dei professori universitari⁴⁵.

È opportuno aggiungere che in Germania secondo il diritto vigente il termine generale di *Hochschule* (Università) sottende, ai sensi del § 1 della legge quadro sull'Università, accanto a vari istituti superiori previsti dalla legislazione federale e dei *Länder*, anche le *Fachhochschulen* (Università per le scienze applicate) che pure effettuano il reclutamento dei professori universitari, ma che per non complicare eccessivamente l'esposizione non sono oggetto della presente trattazione.

2.4 Gli aspetti retributivi del reclutamento universitario: la spinosa questione della *W-Besoldung*

Risale al 2002⁴⁶ un'importante modifica dell'inquadramento e della retribuzione dei professori universitari, denominata “*W-Besoldung*” (sistema retributivo a “W”, ove la “W” sta per “*Wissenschaft*”, cioè scienza). Questo sistema prevede tre fasce retributive: la W1 per i professori junior (*Juniorprofessoren*) che non hanno ancora conseguito l'abilitazione, la W2

⁴⁴ NHG § 26, c. 3.

⁴⁵ S. MÖHLMANN, *Autonomie konkret: die Ruferteilung – Wer beruft nach welchen Verfahren?*, in: *Forschung & Lehre*, 2014, p. 808.

⁴⁶ *Gesetz zur Reform der Professorenbesoldung (Professorenbesoldungsreformgesetz – ProfBesReformG)* del 16.2.2002, in BGBl. I, p. 686.

come livello intermedio, e infine la W3 corrispondente a una cattedra di prima fascia. Rispetto al sistema precedente la modifica dell'inquadramento retributivo ha comportato un abbassamento della retribuzione fissa (*Grundgehalt*), compensato dall'introduzione di un sistema premiale, basato su una valutazione del rendimento. Questo modello, e in particolare la retribuzione nella fascia W2, hanno costituito l'oggetto di una sentenza del Tribunale costituzionale federale che ha censurato la retribuzione in vigore nel Land dell'Assia, ritenuta incompatibile con lo status privilegiato di un pubblico funzionario, costituzionalmente tutelato dall'art. 33 c. 5 GG⁴⁷. Il legislatore dell'Assia vi è stato esortato a porre in essere una legislazione conforme alla Costituzione entro il 1.1.2013. In sostanza in questa pronuncia il Tribunale costituzionale ha stigmatizzato la mancata osservanza del cosiddetto "*Alimentationsprinzip*" che impone allo Stato di assicurare ai propri funzionari e alle loro famiglie uno standard di vita decoroso e conforme allo status connesso al rapporto di servizio. Solo così ci si può avvalere dei candidati più idonei e qualificati, come prescritto dal dettato costituzionale⁴⁸. In particolare il ruolo del professore universitario deve risultare attraente per il personale delle qualifiche superiori, anche in rapporto sia agli altri rami della P.A., sia al settore privato. Questi confronti si fondano sul principio della *Ämterrelation* (relazione tra cariche), secondo cui – anche in ottemperanza al dettato costituzionale che implicitamente prevede un ordine gerarchico nella funzione pubblica⁴⁹ – il livello retributivo deve essere conforme alla qualifica ricoperta. Considerando che i professori universitari assicurano la formazione dei livelli dirigenziali della pubblica amministrazione (livello A15), la loro retribuzione dovrà risultare superiore rispetto a questi ultimi⁵⁰. La retribuzione di un professore W2 è stata ritenuta incompatibile con la particolare responsabilità e con il prestigio

⁴⁷ BVerfG, 14.02.2012 – 2 BvL 4/10.

⁴⁸ Cosiddetto "*Prinzip der Bestenauslese*" (cioè principio della selezione dei migliori) ricavabile implicitamente dal disposto dell' art. 33, c. 2. GG.

⁴⁹ Art. 33, c. 2 GG.

⁵⁰ E. GAWEL, *Besoldung nach W2 und A15 – Das Problem der umgekehrten Ämterrelation*, in: *Forschung & Lehre*, 2015, p. 116. Inoltre il confronto con la retribuzione di un assistente universitario ("*Akademischer Rat*", livello A13) aveva evidenziato la condizione di svantaggio del professore W2. Un altro metro di paragone è stato rappresentato dalla retribuzione di un pretore (*Amtsrichter*) che già in giovane età risultava meglio pagato di un professore, pur rientrando nelle funzioni di un docente universitario la formazione dei futuri giudici.

connesso a tale carica accademica. La pronuncia era concretamente riferita al caso dell'Assia, ma questi principi sono stati ritenuti estensibile anche ad altri *Länder*.

Il Tribunale costituzionale ha riconosciuto l'ampia discrezionalità attribuita al legislatore in quest'ambito, in cui rientra anche la facoltà di modificare l'assetto retributivo, mediante l'introduzione di un sistema atto a coniugare la retribuzione fissa a una componente variabile, a condizione che, in presenza di una riduzione della quota fissa, la quota variabile ne costituisca un'adeguata compensazione. Per soddisfare questo requisito – secondo il Tribunale costituzionale federale – i criteri a cui viene commisurata la retribuzione variabile devono essere definiti con chiarezza, risultare prevedibili e rappresentare un diritto azionabile. L'episodica concessione di premi di risultato, tra l'altro non stabilmente utilizzabili ai fini del trattamento di quiescenza, ha indotto il Tribunale costituzionale – anche se con la *dissenting opinion* del giudice Gerhardt – a ritenere che la legislazione dell'Assia non fosse conforme all'*Alimentationsprinzip*.

Attualmente la forbice retributiva è particolarmente ampia nei vari *Länder*. Prendendo a riferimento il livello W2 si riscontra una differenza di circa il 30% tra un professore che prende servizio a Berlino e un suo omologo del Baden-Württemberg. Ciò è dovuto al fatto che alcuni *Länder* non si sono adeguati alle prescrizioni del Tribunale federale costituzionale e non hanno ancora incrementato la retribuzione fissa. Un confronto a livello federale è reso inoltre difficoltoso dalla previsione in alcuni *Länder* di scatti di anzianità di servizio (*Erfahrungsstufen*), con contestuale incorporazione delle indennità di rendimento nello stipendio base⁵¹. Questo modello viene peraltro ritenuto poco compatibile con il sistema meritocratico che ci si proponeva di introdurre con la *W-Besoldung*⁵².

La componente variabile della retribuzione è negoziabile durante le trattative che si svolgono in sede di chiamata in cattedra (*Berufungsverhandlungen*) oppure di chiamata da parte di un'altra università (*Bleibeverhandlungen*). In questo secondo caso è buona regola che l'ateneo di provenienza faccia un'offerta al docente che ha vinto altrove una cattedra,

⁵¹ E. GAWEL, M. AGUADO, *W-Besoldung – Verfassungsrechtliche Probleme der Einmal-Konsumption bei Stufenmodellen*, in: *Forschung & Lehre*, 2014, p. 624.

⁵² S. S. NOACK, *Die W-Besoldungsreform 2.0 – Eine Bestandsaufnahme*, in: *Forschung & Lehre*, 2015, p. 37.

allo scopo di dissuaderlo dal lasciare l'Università. Incentivi economici possono essere inoltre concessi, qualora si siano raggiunti risultati di eccellenza nella didattica e nella ricerca e in particolare nell'acquisizione di finanziamenti esterni, oppure vengono riconosciuti a titolo di indennità di carica (*Funktionsleistungsbezüge*), qualora si svolgano le funzioni di preside o di rettore. Paradossalmente in alcuni *Länder* è stata introdotta "un'indennità di risultato garantita" di circa € 600 mensili (Brandeburgo, Brema, Amburgo e Berlino)⁵³, soluzione peraltro emblematica delle difficoltà connesse alla valutazione dell'operato di un professore universitario, non agevolmente misurabile secondo parametri obiettivi.

2.5 Limiti alla mobilità dei professori universitari

Il modello tedesco incentiva fortemente la mobilità dei professori universitari, allo scopo di promuovere la circolazione e lo scambio del sapere. Questo principio non ha però valenza assoluta. Innanzitutto viene in rilievo, dopo la prima chiamata, l'obbligo almeno fattuale di permanenza di almeno tre anni nell'ateneo⁵⁴. Tale limite serve a garantire un minimo di continuità nella didattica e nella ricerca, a tenere alta la qualità della formazione universitaria e ad assicurare il buon funzionamento degli organi accademici.

Di regola lo status giuridico del professore universitario, analogamente alla realtà italiana, è di diritto pubblico. Vari *Länder* prevedono però un limite di età per la nomina a pubblico funzionario. Esso ha la funzione di assicurare che un professore presti servizio in un *Land* presso uno stesso datore di lavoro per un periodo di tempo sufficiente ad accumulare un adeguato trattamento previdenziale⁵⁵.

Anche i limiti di età variano fortemente da un *Land* all'altro. Si va dalla legge della Sassonia-Anhalt, ove tale limite scade con il compimento del quarantacinquesimo anno al Saarland, ove esso coincide con il compimento del cinquantacinquesimo anno. Ad Amburgo

⁵³ IBID., p. 39.

⁵⁴ Cfr. la delibera della Conferenza dei Ministri della Pubblica Istruzione (*Kultusministerkonferenz*) del 10.11.1978 nella versione del 15.08.2002, n. 3, punto II, consultabile all'indirizzo www.kmk.org.

⁵⁵ Cfr. D. KRAUSNICK, *Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat*, Tübingen, 2012, p. 258 s.

e in Renania del Nord-Vestfalia non è previsto alcun limite⁵⁶. Questi limiti si applicano alla prima chiamata in cattedra. Altrimenti può avere luogo una ripartizione degli oneri previdenziali (*Versorgungslastenteilung*) con il conseguente innalzamento del limite di età, qualora l'ente cedente acconsenta al passaggio a un altro datore di lavoro e il passaggio avvenga senza soluzione di continuità⁵⁷. Per i professori universitari il consenso si considera accordato, qualora abbiano prestato servizio per almeno tre anni nell'Università cedente⁵⁸. In alcuni *Länder* il limite di età risulta aumentato dai periodi dedicati alla cura della prole o di familiari bisognosi di assistenza. Oltre tale limite può comunque essere stipulato un contratto di lavoro dipendente, anche se la costituzione di un rapporto di pubblico impiego risulta economicamente più vantaggiosa ed è quindi più ambita.

Lo dimostra una recente sentenza emessa in secondo grado dal Tribunale amministrativo superiore della Renania del Nord-Vestfalia⁵⁹, in seguito ad un giudizio instaurato da una professoressa che aveva richiesto la conversione del proprio contratto di lavoro dipendente in un rapporto di pubblico impiego. Tale richiesta non era stata accolta dall'Università. Il diniego era stato impugnato dall'interessata e successivamente annullato dal Tribunale amministrativo superiore che si è richiamato al divieto di discriminazione in base all'età previsto dal diritto comunitario, oltre che all'art. 33 c. 2 della Legge fondamentale che condiziona l'accesso alla funzione pubblica unicamente all'osservanza di requisiti meritocratici. In sostanza il Tribunale ha ritenuto che l'Ateneo non avesse esercitato correttamente il potere discrezionale attribuitogli dal legislatore. In realtà, l'Università aveva respinto la richiesta sulla base di un regolamento sulla gestione economica delle università⁶⁰, secondo cui le Università possono stipulare liberamente un rapporto di pubblico impiego con un docente universitario a prescindere dalla sua età. Se però il candidato ha compiuto

⁵⁶ Anche le fonti normative che prevedono i rispettivi limiti di età sono alquanto eterogenee, essendo rappresentate sia dalle leggi sull'università (*Hochschulgesetze*), sia dalle leggi sul pubblico impiego (*Beamtenengesetze*), sia dagli ordinamenti di bilancio (*Haushaltsordnungen*).

⁵⁷ *Versorgungslastenteilungs-Staatsvertrag* del 1.1.2011.

⁵⁸ H. DETMER, K. PICKER, *Einstellungsaltergrenzen für Professoren – Eine Übersicht von Bund und Ländern*, in: *Forschung und Lehre*, 2014, p. 628.

⁵⁹ Oberverwaltungsgericht (OVG) Nordrhein-Westfalen del 22.1.2013, 6 A 1171/1.

⁶⁰ *Hochschulwirtschaftsführungverordnung – HWFVO* § 7, c. 4.

quarantacinque anni, sono tenute a riconoscere un conguaglio al Land a copertura del suo trattamento previdenziale. Nella fattispecie l'importo in questione – secondo quanto addotto dall'amministrazione convenuta – ammontava a € 220.000. Il Tribunale amministrativo superiore non è entrato nel merito di questa discriminazione indiretta legata all'età, potendo annullare la decisione già per questioni meramente formali. Esso ha, infatti, ritenuto che la normativa pur avendo un impatto considerevole sui diritti fondamentali della richiedente, non si fondava su un'apposita previsione legislativa, in un ambito che, anche in sintonia con il disposto costituzionale, doveva essere necessariamente coperto da riserva di legge. Se la questione fosse stata affrontata nel merito sarebbe venuto peraltro in rilievo il divieto di discriminazione legato all'età imposto dal diritto europeo, anche se la relativa direttiva (recepita senza modifiche in Germania)⁶¹ prevede che le disparità di trattamento relative all'età non costituiscano discriminazione qualora ci sia necessità di “un ragionevole periodo di lavoro prima del pensionamento”⁶². A questo proposito è legittimo chiedersi se, a prescindere da ogni altra considerazione, il criterio della ragionevolezza sia rispettato in presenza di un limite di età di quarantacinque anni per l'assunzione di un professore universitario!

2.6 Il precariato nei rapporti di lavoro universitari delle fasce intermedie (Mittelbau)

Nel sistema universitario tedesco vige il principio, secondo cui i giovani ricercatori acquisiscono le qualifiche necessarie per accedere a una cattedra universitaria prevalentemente attraverso rapporti di lavoro a tempo determinato. In questo ambito la disciplina di massima del rapporto d'impiego del personale scientifico è contenuta in un'apposita legge sui contratti relativi ai periodi di formazione scientifica⁶³, che prescrive che il personale scientifico assunto dalle università o dagli istituti di ricerca extrauniversitari

⁶¹ *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG), BGBl. I, p. 610, art. 10, n. 3.

⁶² Direttiva 2000/78/CE del 27.11.2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, G.U. n. L 303 del 2.12.2000, p. 16–22, art. 6, lett. c.

⁶³ *Wissenschaftszeitvertragsgesetz* (WissZeitVG) del 1.4.2007, BGBl. I, p. 506.

possa essere impiegato per un periodo massimo di sei anni allo scopo di conseguire il dottorato di ricerca. Una volta ottenuto il dottorato, il rapporto di lavoro può essere prolungato per altri sei anni allo scopo di conseguire la *Habilitation*, nelle discipline mediche fino a nove anni, a cui si possono aggiungere i periodi antecedenti al dottorato non consumati⁶⁴. Questi archi temporali particolarmente ampi, rispetto a quanto previsto dalla legislazione generale sui contratti di lavoro a tempo determinato, si giustificano in considerazione della particolare finalità di questi rapporti di lavoro, aventi lo scopo di qualificare il personale accademico. Permane però il fatto che l'appartenenza alla fascia intermedia della gerarchia accademica, diversamente dallo status del ricercatore italiano prima della riforma Gelmini o dalla figura del *maître de conférences* francese, non comporta l'appartenenza al pubblico impiego. Il sistema tedesco è proiettato sulla formazione di professori universitari, che sono gli unici a godere di garanzie di stabilità. Pure i professori junior vengono assunti con contratto a tempo determinato e non è prevista una *tenure-track*, anche se una volta valutati positivamente hanno fondate prospettive di salire in cattedra. In alcuni *Länder* persino la prima nomina di un professore nella fascia W2 avviene talora a tempo determinato mediante la costituzione di un rapporto di lavoro dipendente. Si tratta di un modello sempre più praticato per sperimentare sul campo l'idoneità di un candidato, che però stride con il principio della stabilità e inamovibilità che tradizionalmente caratterizza il rapporto di lavoro dei docenti universitari, peraltro già derogato in passato dalle *Stiftungsprofessuren* (cioè dalle cattedre finanziate con fondi privati)⁶⁵.

3. CONCLUSIONI E SPUNTI COMPARATIVI

Quanto esposto sul modello tedesco del reclutamento universitario fa emergere un quadro assai composito e sotto molti aspetti anomalo rispetto alla realtà italiana. Nell'Università tedesca è molto pronunciato l'elemento corporativo. Si tratta

⁶⁴ Ivi, § 2, c. 1

⁶⁵ W. C. RADAU, *Das Berufungsverfahren – Aktuelle Entwicklungen aus hochschulrechtlicher Sicht*, in: *Forschung & Lehre*, 2014, p. 800.

tradizionalmente di un'*universitas magistrarum*⁶⁶, secondo il modello già in uso a Parigi nel 1200, ove il metodo della cooptazione rappresentava il sistema privilegiato per la nomina dei docenti. Fin dai tempi del codice prussiano del 1794⁶⁷ l'Università tedesca si presenta come un sodalizio di liberi scienziati e come un'organizzazione che segue regole sue proprie. Le Università hanno goduto da sempre di ampia autonomia organizzativa. Pure il modello Humboldtiano di cui è intrisa anche l'Università tedesca contemporanea si fondava su due pilastri rappresentati sia dalla libertà della scienza in senso soggettivo, cioè dall'autonomia dei docenti, sia sull'autonomia in senso oggettivo, cioè sulla libertà istituzionale e funzionale delle Università. Quest'approccio è stato positivizzato anche dal menzionato § 58, c. 1. della legge quadro sull'Università, secondo cui le Università sono di regola "enti corporativi di diritto pubblico e contestualmente istituzioni statali". Il potere di vigilanza statale (dei *Länder*) si esplica prevalentemente su due fronti, quello finanziario e quello della nomina del personale docente.

Il reclutamento universitario ha quindi tradizionalmente rappresentato una materia all'interfaccia tra l'autonomia universitaria e il controllo statale. Esso è stato qualificato dal Tribunale costituzionale federale come una *res mixta*, cioè come un'attività condominiale tra l'Università e il Ministero⁶⁸. Anche Humboldt aveva rilevato la necessità di opporre un contrappeso al nepotismo e alle endogamie imperanti nel mondo accademico a garanzia della libertà della scienza. Si è così progressivamente diffuso nel mondo tedesco il modello previsto dallo statuto dell'Università di Berlino che prevedeva la proposta di una terna di nominativi da parte dell'Università e un potere di nomina delle autorità statali. Com'è emerso nel corso della trattazione, anche questo sistema si sta sgretolando sotto la pressione esercitata del decentramento normativo in atto nell'ordinamento federale tedesco, oltre che in esito ai nuovi equilibri presenti nella *governance* degli atenei. Esso è, ad esempio, affidato al Consiglio della Fondazione nelle Università-Fondazioni della Bassa Sassonia, oppure al Presidente dell'Università in Assia (anche se previo il nulla osta del Ministero). Internamente

⁶⁶ R. C. SCHWINGER, *Auf dem Weg zum Professor neuen Stils – Die Berufung in historischer Perspektive*, in: *Forschung & Lehre*, 2014, p. 804.

⁶⁷ § 67 II 12 PrALR.

⁶⁸ BVerfGE 111, 333, 361, ordinanza del 26.10.2004.

alle Università il potere di stilare la terna dei candidati idonei da sottoporre al Ministero, sta progressivamente spostandosi (ad esempio in Baviera) dal Senato accademico al Consiglio dell'Università di cui fanno parte *stakeholder* non appartenenti al mondo accademico⁶⁹. Si riscontra in sintesi una tensione tra i nuovi esperimenti organizzativi posti in atto dai *Länder*, in competizione tra loro, e le rivendicazioni autonomistiche degli atenei desiderosi di attrarre le nomine nella loro sfera d'influenza esclusiva.

Da questa esposizione emerge un quadro dell'ordinamento universitario tedesco caratterizzato da una forte mobilità e da un dinamismo interno, determinato sia dal sistema di selezione locale (*Habilitation*), cui fa seguito una procedura di reclutamento che impone di presentare la propria candidatura presso un ateneo diverso da quello di provenienza, sia dalla diffusione del modello su un'area alquanto vasta (Germania, Austria, Svizzera, Liechtenstein), circostanza che agevola la circolazione internazionale nei paesi di lingua tedesca.

Volendo effettuare un raffronto, in particolare con la realtà italiana, risultano evidenti i seguenti fattori di differenziazione.

Diversamente dal sistema tedesco di selezione dei candidati, che poggia ormai da due secoli sul sistema della *Habilitation* e che *mutatis mutandis* rappresenta tutt'ora la via maestra per accedere ad una cattedra universitaria, in Italia il reclutamento universitario costituisce un ambito caratterizzato da una forte instabilità delle regole e in cui le riforme e le "controriforme" sono praticamente all'ordine del giorno (situazione che peraltro pare emergere pure dall'analisi del modello francese)⁷⁰. Inoltre, mentre in Germania, il tema del reclutamento non pare essere una questione particolarmente controversa, anche in considerazione dei cospicui finanziamenti destinati agli istituti di ricerca extrauniversitari, che rappresentano un valido sbocco occupazionale per attutire i disagi legati all'attesa di una

⁶⁹ BayHSchG, Art. 18, c. 5.

⁷⁰ Si veda in questo volume il contributo di CHARLES FORTIER, *Le recrutement des universitaires en France, ou le mouvement perpétuel*.

cattedra universitaria, nel sistema italiano la tematica è costantemente sotto la luce dei riflettori e al centro di un acceso dibattito, non solo accademico.

Solo negli ultimi decenni il panorama del reclutamento universitario italiano ha visto un'alternanza tra concorsi nazionali, concorsi locali e abilitazione scientifica nazionale. Le ripetute riforme che si sono succedute dalla fine degli anni '70, ruotano tutte intorno ad un *Leitmotiv*, cioè al tentativo di arginare l'influenza, considerata eccessiva, delle corporazioni accademiche nelle procedure di reclutamento. Con tale intendimento sono stati introdotti prima i concorsi nazionali con legge n. 31/1979⁷¹, poi la cosiddetta legge Berlinguer n. 210/1998⁷² che ha trasferito la competenza in materia di reclutamento alle singole università⁷³, e successivamente un'altra importante riforma, rimasta però prevalentemente sulla carta, che delegava al governo il riordino del reclutamento universitario mediante l'introduzione dell'abilitazione nazionale (legge Moratti)⁷⁴. Dopo una prima "mini-riforma Gelmini", attuata con legge n. 1/2009⁷⁵, che ha posto in essere un sistema misto per l'individuazione dei commissari di concorso (nomina più sorteggio), la seconda riforma Gelmini, concretatasi nella legge 240/2010⁷⁶, ha infine introdotto l'abilitazione scientifica

⁷¹ Legge n. 31 del 7.2.1979 (*Istituzione e composizione transitoria del Consiglio universitario nazionale, nonché nuove norme sui concorsi per posti di professore universitario di ruolo*), G.U. n. 41 del 10.2.1979.

⁷² Legge n. 210 del 3.7.1998 (*Norme per il reclutamento dei ricercatori e dei professori universitari di ruolo*), G.U. n. 155 del 6.7.1998.

⁷³ C. FRANCHINI, *Il reclutamento dei professori universitari*, in G. della Cananea, C. Franchini (a cura di) *Concorrenza e merito nelle Università. Problemi, prospettive e proposte*, Torino, 2009, p. 81.

⁷⁴ Legge n. 230 del 4.11.2005 (*Nuove disposizioni concernenti i professori e i ricercatori universitari e delega al Governo per il riordino del reclutamento dei professori universitari*), G.U. n. 258 del 5.11.2005, art. 1, commi 4 e 5.

⁷⁵ Legge n. 9 del 9.1.2009 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 10 novembre 2008, n. 180, recante disposizioni urgenti per il diritto allo studio, la valorizzazione del merito e la qualità del sistema universitario e della ricerca*), G.U. n. 6 del 9.1.2009.

⁷⁶ Legge n. 240 del 30.12.2010 (*Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario*), G.U. n. 10 del 14.1.2011.

nazionale, ridisegnando completamente le procedure di reclutamento. Pure questa riforma è stata già modificata due volte (proprio con riguardo al profilo del reclutamento)⁷⁷.

L'introduzione di un modello bifasico, rappresentato dall'abilitazione scientifica nazionale, cui fa seguito il reclutamento da parte delle singole università, era presumibilmente ispirata da un duplice intendimento: da un lato uniformare gli standard qualitativi ai fini del conseguimento dell'abilitazione, dall'altro tutelare l'autonomia conferita alle singole università. La fase abilitativa nazionale non è peraltro un appannaggio della realtà italiana essendo riscontrabile in altri paesi europei, come la Francia e la Spagna⁷⁸.

Anche in Francia, come in Italia, la qualificazione accademica è affidata ad un'autorità centrale, cioè al *Conséil National des Universités* e presenta un'articolazione che fa seguire alla fase nazionale quella del reclutamento locale. Già nella selezione dei *maîtres de conférences*, cioè delle fasce intermedie della carriera accademica, la fase nazionale assume una funzione di filtro tra l'acquisizione del titolo di dottore di ricerca e il reclutamento da parte delle università. Si ritiene che quest'approccio – similmente a quanto accade in Italia – sia espressivo in Francia sia la logica dell'accentramento, sia della sfiducia nei confronti del mondo accademico. La selezione a livello nazionale viene considerata più equa, imparziale e rigorosa di quella locale, oltre alla particolare autorevolezza conferitale dalla circostanza di svolgersi a Parigi.

Il modello italiano, quello francese e quello spagnolo hanno in comune – come si è detto – la previsione di una prima fase abilitativa o di accreditamento in cui si ha una selezione senza reclutamento, cioè una procedura di natura non concorsuale e priva di numero chiuso. A differenza della Germania si tratta però di un'abilitazione meramente curricolare, per titoli, fondata esclusivamente sul computo della produttività scientifica. In questo ambito in Italia si è tentato di rendere più possibile obiettivi i criteri di giudizio mediante l'introduzione delle cosiddette “mediane”, anche per la selezione degli aspiranti commissari. Comune sia all'ordinamento italiano sia a quello tedesco è l'allocazione della vera e propria

⁷⁷ Si veda più estesamente sul punto ANTONIO BANFI, Aspetti problematici del reclutamento accademico in Italia, in *Jus Publicum*, 1/2015, ove si menziona il D.L. 90/2014 (art. 14) e la legge 190/2014 (art. 1, comma 347).

⁷⁸ Si vedano i contributi di CHARLES FORTIER e RAFAEL CABALLERO SANCHEZ in questo volume.

fase di reclutamento a livello delle singole università, mediante una selezione comparativa operata invece in base ad una valutazione soggettiva.

Nel proprio modello a due fasi (abilitazione più procedura di chiamata) la Germania segue però logica diversa. Essa non affida alle autorità statali, o al *Conséil National des Universités* nel caso francese, l'individuazione della lista degli idonei, rimanendo fedele al modello della cooptazione, della valutazione soggettiva non ancorata a indicatori numerici e quantitativi, e rappresentata dal giudizio dei pari, in auge fin dalla realtà medioevale. Il sistema per contrastare il familismo e le tendenze endogamiche è ivi rappresentato dalla competizione sul mercato accademico, cioè dal fatto che un *Privatdozent* dovrà poi sottoporsi ad una valutazione comparativa al di fuori del contesto di provenienza. Va inoltre considerato che il sistema accademico tedesco non ha il culto dell'iperspecializzazione e tende ad assegnare una *venia legendi* di portata assai ampia e non abbinata a microdiscipline, motivo per cui per i posti banditi dalle università la concorrenza tende ad essere ad ampio spettro.

Un confronto del reclutamento universitario nel mondo tedesco in comparazione con la realtà italiana richiede che si faccia un cenno al tema dell'esportabilità e del riconoscimento della *Habilitation* tedesca nell'ordinamento italiano, tenendo a mente come l'esame dei modelli esteri debba sempre debitamente considerare i contesti di riferimento. In proposito va menzionato il noto caso *Angelo Rubino*⁷⁹, in cui il TAR del Lazio ha sottoposto alla Corte di Giustizia in sede di rinvio pregiudiziale la questione se la valutazione comparativa effettuata in Italia ai fini dell'attribuzione dell'idoneità accademica rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva 2005/36/CE sul riconoscimento delle qualifiche professionali e se conseguentemente quella del docente universitario fosse in Italia una professione regolamentata ai sensi di tale direttiva. Angelo Rubino era un ricercatore italiano che aveva conseguito in Germania la *Habilitation*. Il MIUR aveva respinto la sua richiesta d'iscrizione alla lista dei possessori dell'idoneità scientifica nazionale, sostenendo che la professione di docente universitario non costituiva in Italia una professione regolamentata. La Corte di giustizia ha sostanzialmente aderito a questa interpretazione, affermando che l'ottenimento dell'iscrizione nella lista rappresentava una fase della procedura di selezione, effettuata mediante una valutazione comparativa dei candidati che si presentavano. Tale

⁷⁹ Corte di Giustizia, 17.12.2009, causa C-686/08, in racc. I-12013.

procedimento aveva lo scopo di ottenere un numero predeterminato di candidati idonei attraverso una loro valutazione comparativa piuttosto che attraverso l'applicazione di criteri assoluti e determinava il conferimento di un titolo con una validità temporale limitata che non poteva essere considerato alla stregua di una qualifica professionale. Questo esempio – unitamente agli aspetti previdenziali cui accennavo prima – è emblematico delle barriere che tuttora si frappongono alla circolazione internazionale dei docenti universitari. La riforma Gelmini ha modificato le regole del reclutamento in Italia. Resta da vedere se il nuovo sistema favorirà la mobilità internazionale dei docenti. Le iniziative, come queste, dedicati all'approfondimento dei modelli esteri, sicuramente contribuiscono a favorire la conoscenza delle diverse realtà accademiche e ad accrescere l'apertura internazionale dell'Università. Esse si pongono peraltro in sintonia con la particolare funzione di un'istituzione che fin dai tempi dell'*universitas* medioevale ha rappresentato un'organizzazione europea per eccellenza.

ADMINISTRATIVE ALLOCATION OF LIMITED PUBLIC RIGHTS: SOME KEYSTONES FOR A GENERAL THEORY

Luis ARROYO - Dolores UTRILLA

INDEX

1. INTRODUCTION

2. DEFINING THE ISSUE

2.1. Limited public rights

2.1.1. Subjective public rights

2.1.2. Scarcity

2.2. Administrative allocation

2.2.1. Scope

2.2.2. Allocation criteria

3. CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS

3.1. Justification

3.2. General requirements

3.2.1. Transparency

3.2.2. Equality

3.2.3. Impartiality and objectivity

3.2.4. Efficacy

3.3. Specific requirements

4. CLOSING REMARKS

1. INTRODUCTION

The protection and neat allocation of certain categories of scarce resources has traditionally been a defining task for public authorities. Both in the European Union and in its Member States, administrative law regulates the creation and the allocation of different types of limited public rights in rather diverse policy areas. To illustrate the extent to which this is a widespread and heterogeneous reality, several examples can be brought up: allocation of greenhouse gas emission permits; award of public contracts; concession of subsidies and other State aids; the granting of public employment places; procedures for alienation of certain public assets; and, finally, the allocation of scarce entitlement administrative decisions (authorizations, licenses, quotas, permits, concessions and so on), the object of which can also be quite diverse: provision of a (public) service, utilization of public goods, production of a certain amount of goods or, more generally, the development of a given activity under certain conditions.

These manifestations of the administrative activity of allocation of limited public rights are subject to their own specific legal regime. The pluralism in the regulation of the corresponding administrative procedures and decisions stems from the existing differences among the rights to be allocated in each case (contracts, authorizations, property rights, subsidies, public benefits...). Even within each of these manifestations, the regulation of this kind of administrative activity must conform to the specific features of the sector in which it develops, as well as to the relevant demands it imposes on administrative law understood as an instrument of social direction (*Steuerungsinstrument*). The differential treatment of this administrative activity can also find its basis on EU law (for instance, with regards to public procurement: Directives 23, 24 and 25/2014/EU), or in the relevant domestic constitution of each Member State [for example, articles 103(3) and 45 of the Spanish Constitution define specific requirements in relation to access to public sector posts and the rational use of natural resources].

In spite of the fact that these regulations have been produced from a sector-based perspective, it can be noticed that the various kinds of limited public rights to which they refer raise some common regulatory problems. In addition, the solutions provided in response

thereto by special administrative law tend to converge, at least to a certain extent. This can be explained by the fact that in all of these areas the Administration performs an identical activity consisting in the allocation of scarce resources in situations of concurrency. Due to this structural similarity, the legal regime of these different manifestations of administrative action tends to present some similar characteristics, yet it still features diversity and pluralism. Moreover, from a normative standpoint, it can be argued that these transversal elements account for the embodiment of certain constitutional principles, and thus they should be regarded and systematically developed as part of general administrative law.¹

Indeed, the proper dogmatic treatment of this type of administrative activity requires the development of proposals for interpretation and improvement of the sector-based regulation corresponding to each of the manifestations of the relevant category. However, alongside this it is also necessary to incorporate the administrative activity of allocation of limited public rights to the system of administrative law. Such an approach will provide a better understanding of current law as well as useful items for its review and improvement. With that aim, this paper is specifically focused on the analytical and constitutional premises for the development of a comprehensive theory on the administrative allocation of limited public rights. Therefore, both the scope and the main forms of this kind of administrative activity (section 2) and some of its main constitutional requirements (section 3) will next be tackled.

2. DEFINING THE ISSUE

¹On the methodological premises, see E. SCHMIDT-ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin 2004, pp. 10 ff., 43 ff.

The boundaries of the administrative activity of allocation of limited public rights are to be marked by taking into account two criteria. The first one refers to the subject-matter or object² of the rights to be allocated (below 2.1), while the second alludes to how these legal positions are awarded to the selected candidates (below 2.2). The combination of both elements allows for a complete picture of the type of administrative activity under examination, enabling its differentiation from other kinds of administrative action that may seem somewhat similar.³

2.1 Limited public rights

From the perspective of its object, the administrative activity under consideration is characterized by reference to the attribution of legal positions which simultaneously show two main features: they are subjective public rights and they are limited in number.

2.1.1 Subjective public rights

Within this context, the notion of subjective public right is used in its broadest sense, to refer to any active legal position held by a subject vis-à-vis public authorities, irrespective of their structure and of the degree of protection they provide to the rightholders. It is

² The terms ‘subject-matter’ and ‘object’ will henceforward be used as synonymous (so for instance R. ALEX, ‘Rights and liberties as concepts’, in M. ROSENFELD and A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford 2012, 285).

³ On these analytical premises, see L. ARROYO and D. UTRILLA, ‘La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas’ in L. ARROYO and D. UTRILLA (eds.), *La administración de la escasez. Fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid 2015, pp.25 ff.

necessary to separately refer to these three dimensions of the right to be allocated: its public character, the degree of protection that it provides, and its legal structure.

A subjective right has a public character if the holder of the reciprocal legal obligation is a public subject (or a private person who is assigned the exercise of a public function or service for and behalf of its holder). Sometimes the law enables the transfer of the awarded rights to third parties. In certain circumstances, the creation of a secondary market is precisely the goal pursued by public authorities when they decide to limit the number of rights to allocate.⁴ However, this does not turn the awarded right in a legal position of a private nature, because what is incorporated into the private law domain is a subjective right vis-à-vis a public authority.

Secondly, once it has been granted (*ex post* perspective), the active legal position can provide different degrees of protection to its holder. The allocated position may have a full character (perfect subjective right), or it may be conditioned (mere legitimate interest). However, the limitation in the number of rights to grant brings along that prior to the allocation (*ex ante* perspective), the legal position of the applicants is always defined as a legitimate interest, since scarcity prevents such positions from functioning as definitive reasons, i.e., regardless of the outcome of the allocation procedure. This applies regardless of the fact that, at times, such interest is connected with the exercise of a pre-existing right, eventually with constitutional rank (for example, the position of a college applicant where education is a constitutional right, or of an applicant for an authorization related to the exercise of a constitutional freedom).

Thirdly, it is here immaterial whether the public right has its correlate in an obligation to do something, to refrain from doing something or to give something on the part of a public entity. The examples offered at the beginning of this work demonstrate the

⁴ J. Esteve Pardo, 'El mercado de títulos administrativos' in L. COSCULLUELA (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid 2003, pp. 743 ff.

considerable heterogeneity of legal positions that may be subject to an administrative decision of allocation. One possible systematization could be the following:

(i) Allocation of faculties for the exercise of freedoms, i.e. rights to negative actions of a public power. In spite of the different names used by special administrative law to refer to them (authorizations, concessions, licenses, permits, waivers, allowances, etc.), they can be labelled as limited authorizations in the broad sense,⁵ or, more precisely, as limited entitlement administrative decisions.⁶ Their legal regime is characterized by a great diversity, but they all are legal entitlements conferred on a firm or individual by the public Administration through the use of a public power prerogative. The exercise of the freedom triggered by the right to be allocated may refer to starting an activity (entitlement administrative decisions in the strict sense), or may refer to a particular way of developing it, defined by reference to a certain volume of activity, production or external effects. As further references within this paper will show, limited entitlement administrative decisions are a qualified reference field for the development of a general theory on the allocation of limited public rights.

(ii) Allocation of public benefits or services, i.e. rights to positive actions by a public power where the potential demand for them exceeds the available supply, so that the

⁵ European Parliament and Council Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market [2006] OJ L376/36, Recital (39): 'The concept of "authorization scheme" should cover, inter alia, the administrative procedures for granting authorizations, licences, approvals or concessions, and also the obligation, in order to be eligible to exercise the activity, to be registered as a member of a profession or entered in a register, roll or database, to be officially appointed to a body or to obtain a card attesting to membership of a particular profession'.

⁶ The use of this expression in a research on general administrative law in Europe can be useful due to the pluralism of European administrative law traditions within this context: while in EU law and in some national legal orders (e.g. UK) all administrative decisions with such an entitlement effect are called "authorizations" or "licenses", in other Member States (e. g. Germany, France, Spain or Italy) the term "authorization" is reserved for a specific kind of them.

Administration assumes the task of their assignment (for instance, selection procedures for admission to colleges or for the provision of certain medical services).

(iii) Allocation of *in rem* rights of use and enjoyment exercised over third-party property,⁷ like those that entitle their holders to use public goods (for example, rights for the privative use of the spectrum where it is set up as a public good).

(iv) Allocation of credit claims, such as subsidies or other types of aids offered by a public body.

(v) Allocation of complex legal positions that comprise both rights and duties, obligations or charges (for example, the position of the recipient of a grant, the winner of a public contract or a public employee).

2.1.1 Scarcity

The second distinctive feature of the object of the administrative activity under consideration is that the rights to grant are limited in number, and therefore the Administration must allocate them within a context of concurrence. The reasons explaining the scarcity (and which may justify it, where appropriate) can be systematized in a threefold scheme.⁸ Firstly, the exercise of some activities requires the use of certain resources that are

⁷ L. Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Madrid 2007, pp. 75 ff.

⁸ D. Kupfer, *Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden 2005, pp. 103 ff.; M. Martini, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Verwaltung des Mangels durch Marktmechanismen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, pp. 19 ff.; F. Wollenschläger, *Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 1 ff.

scarce due to natural or technical reasons. This can lead public authorities to exclude decisions on their allocation from the scope of private autonomy and to subject them to public law regimes in order to ensure they are used efficiently. The configuration of natural scarcity and its management may be heterogeneous: the relevant scarce resource can be a public good (for example, the spectrum), a private property (such as a private infrastructure), or a good not amenable to appropriation (for example, the environmental capacity of reception of greenhouse gases, which can be regarded as a *res nullius*). Secondly, scarcity may result from a decision adopted by public authorities to correct the relevant market's functioning. Scarcity arises here from a political decision based on a certain interpretation of the requirements stemming from the public interest, such as the need to correct a market failure related to the efficient allocation of resources (for example, a natural monopoly, a situation of excessive competition or an externality) or to ensure justice in their distribution (securing a certain volume and quality of supply in a given territory, for example).⁹ Finally, scarcity may also be rooted in the limited amount of resources demanded or offered by public authorities.¹⁰ In contrast to the preceding cases, in the latter the Administration affects the activity involving the use of scarce resources from the inside of the market where such resources are exchanged. This form of scarcity has two variants, depending on the role played by the Administration in each case. On the one hand, public contracts and public employment places are examples of goods which are scarce due to the restricted nature of the administrative needs to be covered. On the other hand, scarcity may stem from the finite character of the public resource to grant, as exemplified by public subsidies and other monetary transfers as well as by public services the amount or volume of which has been previously limited.

⁹ L. Arroyo, *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid 2004, pp. 444 ff.; A. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Hart, Oxford 2004, pp. 320 ff.

¹⁰ Kupfer 2005, pp. 113 ff.

After identifying the different causes of scarcity, attention must also be paid to the way in which it is expressed. First, subjective public rights are limited if the total amount of available rights has been limited in advance and if such an amount is exceeded by the sum of requested rights. In the simplest case each applicant can obtain a single right and scarcity emerges when the number of applicants exceeds the number of rights to grant (e.g. public employment places, public contracts). On the contrary, if each applicant can get more than one of such rights, the decisive factor is not the number of applicants but the volume or amount of requested legal positions (e.g. greenhouse emission rights), or the existence of qualitative differences among the needs satisfied by the rights to allocate (e.g. school admissions). Thus, for the purpose of marking boundaries for this kind of administrative activity what matters is that the resource is either limited in the strict (quantitative) sense, so that only some applicants can obtain the requested number of rights, or that it is heterogeneous in nature, i.e., that all applicants may receive rights but these can meet their preferences to a different extent.¹¹ Scarcity is apparent in case of allocation of public employment places, public contracts, or shares in state companies' capital. Similarly, the prior establishment of a ceiling and its subsequent progressive reduction is one of the central elements of the European trading scheme for greenhouse gases allowances. A previous quantitative limitation also characterizes the granting of subsidies and the admission of users of public services to those centres and facilities the capacity of which is subject to a *numerus clausus* system.

Hence, scarcity is a real premise for the allocation activity and not the mere result of the exercise of the relevant administrative authority. This criterion allows for distinguishing limited public rights schemes from those administrative procedures where the public body is empowered to grant or reject the requested right on a discretionary basis, thus

¹¹ J. Elster, *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, pp. 21 ff.

enjoying a scope for assessment which is sometimes called *Entschliessungsermessen*¹² or discretion regarding the *an* of the prerogative.¹³ *A priori* limited public rights schemes shall also be differentiated from admission procedures, in which the Administration simply checks whether the applicants meet a set of predetermined requirements, awarding the requested right to each and every applicant who complies with the said requirements.¹⁴ There is no allocation, yet there is admission, where rules governing the attribution of a right set a requirement which only certain applicants meet (for example, a certain degree of expertise or solvency),¹⁵ as long as all subjects in compliance with such a requirement perceive one of the rights to grant.

2.2 Administrative allocation

2.2.1 Scope

The administrative activity analysed herein is conducive to administrative decisions adopted in the exercise of authority powers and through an administrative procedure by which the Administration grants the available number of rights to one or more applicants. For the purposes of conceptual demarcation of this kind of administrative activity, it is immaterial whether the relevant administrative authority is discretionary or not, in what legal

¹² H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, CH Beck, München 2009, pp. 135 ff.

¹³ J.L. VILLAR PALASÍ, *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1964, p. 381.

¹⁴ W.K.B. Hofstee, 'Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis' (1990) 29 *Social Science Information*, 4, 745 ff.; Elster 1992, p. 25.

¹⁵ C.J. Wolswinkel, 'The allocation of a limited number of authorisations. Some general requirements from EU law' (2009) 2 *Review of European Administrative Law* 61, 65.

form it is exercised and whether the procedure has a multipolar or bipolar structure (i.e., if all competitors take place in the same allocation procedure, or if the Administration simultaneously conducts several procedures in which only one applicant participates).¹⁶ What characterizes this kind of administrative activity is the existence of a situation of concurrence among applicants the resolution of which rests with the public Administration.

This feature allows to differentiate the allocation of limited public rights from two other close yet different forms of administrative activity. The first one relates to cases where the problem of scarcity is not managed through the limitation of the number of rights and their subsequent administrative allocation, but rather by means of admission procedures such as the ones which have already been mentioned.¹⁷ A clear example is the administrative grant of public benefits or services which entails a *distribution* of scarce public resources among those subjects who meet the *legally* required conditions. As can be observed, in this kind of scenarios the Administration identifies the beneficiaries of the services or benefits at stake, but in doing so it does not resolve a situation of genuine concurrence. The reason is that in these sort of contexts the problem of scarcity has already been solved by the law through the definition of the subjective and objective scope of the relevant rights, so that in the subsequent administrative procedure each applicant meeting the relevant conditions will receive a quota or predetermined portion of the granting rights. The second type of contexts are those of allocation of limited public rights by *private subjects*. Secondary commerce of the awarded rights falls outside the scope of the administrative allocation activity, even when both are closely connected from a substantive standpoint. As regards primary allocation, the decisive criterion is not the public or private nature of the decision-making subject, nor the legal

¹⁶ On the structure of allocation procedures, see WOLLENSCHLÄGER, F. (2015), 'El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el Derecho administrativo general', in L. ARROYO and D. UTRILLA (eds.), *La administración de la escasez. Fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, pp. 139 ff.

¹⁷ Wollenschläger 2010, p. 4.

regime (whether public or private law) by which it may be governed in sector-based legislation, but rather the fact that the resources to allocate are public rights. Therefore, there may exist administrative activity of allocation exerted by a private subject to whom such activity has been delegated (for example, a public subsidy indirectly managed by a private collaborating entity).

2.2.2 Allocation criteria

The administrative allocation of scarce resources can be accomplished through the implementation of very different rules. Allocation criteria can be split into two categories, depending on whether the allocation decisions are adopted taking into account the characteristics of the right to assign or those of the different applicants (substantive criteria) or without regard to such considerations (formal criteria).¹⁸ Each of these criteria has specific advantages and disadvantages, particularly from the perspective of their constitutional foundations, and depending *inter alia* on the features of the limited public right at stake and the context where its allocation takes place. It must be taken into account that in most cases the applicable allocation criteria are intensely predetermined by the kind of allocation procedure to be conducted, so that certain procedures distinguish from others precisely based on the relevant allocation criteria.¹⁹

Some of the most widespread formal criteria are the following: (i) allocation by heads or quotas, so each applicant obtains the same portion of the scarce right, the amount of which is fixed by reference to the total amount of rights to allocate and the number of applicants; (ii) proportional or *pro rata* allocation, according to which scarce rights are

¹⁸ Martini 2008, pp. 94 ff.; Wollenschläger 2010, pp. 554 ff.

¹⁹ For example, the order of receipt of applications is at the same time an allocation criterion and a type of allocation procedure.

distributed among the different candidates on the basis of a common parameter, so that they do not all get an equal amount of resource, but rather an amount proportional to the one applied for in each instance; (iii) drawing of lots or lottery, whereby the scarce rights are randomly allocated, be it directly or alternatively (i.e. as a consequence of the failure of other criteria to justify an allocation decision); (iv) principle of temporal priority ('first come first served'), that results in allocations based on the order of receipt of the different applications and which can also be used in a direct or alternative fashion.

In contrast with formal criteria, material or substantive ones take into account the particular characteristics of the candidates and/or of the project they lodge with regard to the utilization of the resource at stake. The most common substantive criteria account for derivations from the notions of necessity or capacity. On the one hand, limited resources may be allocated to those applicants demonstrating a higher degree of necessity concerning their utilization. This criterion is usual in contexts where the allocation of limited public rights has become independent from the criterion of formal equality, as happens with the public provision of certain welfare services (e.g. housing benefits). On the other hand, the allocation may be performed according to the applicants' aptitude to make better use of the scarce resource from the perspective of one or more given parameters. The comparative assessment ('beauty contest') usually takes into account one or more characteristics of the candidates and/or of their applications (technical ability, reliability...), the relative weight of which can be configured in many different ways. Two allocation criteria regarding the idea of aptitude shall be pointed out. The first one links the ability to efficiently use the scarce resource to temporal parameters, which can refer to the applicants' age, to their experience or to their previous exercise of the same limited public right. The second criterion, which accounts for a defining feature of auctions, connects the aptitude of efficient use of the scarce right with the willingness to pay on the part of the applicants.

The diversity of the mentioned criteria clearly shows that the allocation of limited public rights, broadly understood, comprises two subcategories, which lead to different outcomes and the use of which raises different regulatory and constitutional issues. On the one hand, when limited public rights are indivisible their allocation will consist in the selection of one or more applicants, so that the rest of them will be totally rejected. Public

contracts, public employment places, entitlement administrative decisions and certain public benefits or services (such as transplants) are clear examples of this category. On the other hand, if the scarce resource is divisible its allocation may also take place through its distribution among the different applicants, so that they all receive a given portion measured in units (e.g. pro rata allocation of a grant) or in time (e.g. turnover among the applicants).²⁰ These two types of allocation in the broad sense may be designated as, respectively, allocation in the strict sense (or selection), and distribution of limited public rights. When the rights to allocate refer to heterogeneous subject-matters, the distinction between distribution and selection fades away, because even if all interested parties get a portion of the resource, it does not necessarily satisfy their preferences to the same extent.

3. CONSTITUTIONAL REQUIREMENTS

3.1 *Justification*

The constitutional approach to limited public rights schemes consists in the deduction of normative findings from a set of higher principles which operate as structural building blocks of the legal system to which they belong.²¹ Those principles do not only contain legal requirements of administrative regulation, but they also have a systematic function and thus an important role in the development of general administrative law.²² For

²⁰ On the divisibility of the resource, see Elster 1992, p. 22.

²¹ On the methodological premises, see, among others, A. VON BOGDANDY, 'Constitutional Principles' in A. VON BOGDANDY and J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford 2005, pp. 3 ff.

²² SCHMIDT-ASSMANN 2004, pp. 11 ff.

that reason, we suggest that this constitutional approach might be useful for the development of a limited public rights general legal framework.

In EU Member States, limited public rights schemes are subject to certain constitutional requirements stemming from both EU law and each relevant domestic Constitution. Academic literature has mainly focused on the former, probably due to the fact that the main transformations suffered by the legal framework of this kind of administrative action have their origin in the evolution of EU law, particularly of secondary legislation,²³ and of case-law on gambling,²⁴ and on services concessions.²⁵ Nonetheless, such transformations have been primarily faced from the perspective of sector-based regulation, competition law, and the internal market, while that of constitutional principles remain less

²³ Alongside the Public Procurement Directives, see the Services Directive (above n. 7); European Parliament and Council Directive 2003/87/EC of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC [2003] OJ L275/32; European Parliament and Council Directive 2009/29/EC of 23 April 2009 amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the greenhouse gas emission allowance trading scheme of the Community [2009] OJ L140/63; and European Parliament and Council Directive 2002/20/EC of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services [2002] OJ L108/21.

²⁴ Among the most relevant judgments relating to gambling, see Case C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International Ltd. v. Departamento de Jogos da Casa da Misericórdia de Lisboa* [2009] ECR I-7633; Case C-64/08, *Ernst Engelmann* [2010] ECR I-8219; and Case 203/08 *Betfair* [2010] ECR I-4695. See also S. VAN DEN BOGAERT and A. CUYVERS, “‘Money for nothing’: The case-law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling” (2011) 48 *Common Market Law Review*, pp. 1175 ff.

²⁵ See, among others, Case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v. Telekom Austria AG* [2000] ECR I-10745; Case C-231/03, *Coname* [2005] ECR I-7287; Case C-458/03, *Parking Brixen GmbH* [2005] ECR I-8585; Case C-410/04, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) v. Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA* [2006] ECR I-3303; Case C-507/03, *Commission v. Ireland* [2007] ECR I-9777; Case 412/04, *Commission v. Italy* [2008] ECR I-619; Case C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v. Administración General del Estado* [2007] ECR I-12175; Case C-347/06, *ASM Brescia SpA v. Comune di Rodengo Saiano* [2008] ECR I-5641.

widespread.²⁶ It is important to note at this point that EU law does not affect the administrative allocation of every limited public right, but only the allocation of some of such rights, and particularly of those which have a greater impact on the functioning of the internal market: public contracts, concessions, authorizations and, to a lesser extent, subsidies.

On the other hand, Member States Constitutions do also contain some general principles which provide for the obligation to design and implement the administrative allocation of limited public rights according to certain criteria.²⁷ These constitutional principles primarily bind the legislature as long as it is called upon to produce administrative law in the first place, but they also do bind the Administration itself where their decisions cannot be regarded as the plain execution of the legislator's will. Therefore, this set of constitutional principles is also directly binding on the public Administration where there is no parliamentary piece of law or where it does exist yet it lacks a comprehensive regulation of the administrative decision. The national constitutional basis of the administrative allocation can also be of interest in terms of EU law for two reasons. Firstly, they guarantee the application of certain legal requirements that are also enshrined in EU law, even when the conditions for the application of the latter are not met, thus contributing to the prevention of asymmetries between EU and non-EU law cases. Secondly, these principles are also

²⁶ See for example S. PRECHAL and M.E. DE LEEUW, 'Transparency: A General Principle of EU Law?' in U. BERNITZ, J. NERGELIUS and C. CARDNER (eds), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, pp. 201 ff.

²⁷ This approach has been particularly used in Germany. Among recent contributions see WOLLENSCHLÄGER 2010; N. MALAVIYA, *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010; H.C. RÖHL, 'Ausgewählte Verwaltungsverfahren', in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN and A. VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C. H. Beck, München 2008, pp. 696 ff. See also C. KOENIG, *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung. Grund und Grenzen einer Deregulierung am Beispiel der Vergabe von Konzessionen, Kontingenten und Genehmigungen zur unternehmerischen Nutzung öffentlich verwalteter Güter*, Duncker & Humblot, Berlin 1994, and M. SCHMIDT-PREUSS, *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2005.

contained in EU primary law (Article 6 TFEU) and even though as a part of it they have to be interpreted autonomously, national sources are also of interest with respect to the development of such an interpretation.²⁸

The requirements deriving from EU law and from national Constitutions with respect to limited public rights schemes deploy over public decisions limiting the number of rights to grant, over the scheme's regulation and over the administrative allocation itself. Such requirements can be divided into two groups, depending on their scope. On the one hand, there are certain general principles which apply to the allocation of any limited public right, irrespective of their object and legal nature. Such general requirements can be traced back to the principles of transparency, equality, impartiality, objectivity and efficacy (below 3.2). On the other hand, EU law and some national Constitutions enshrine some principles which set limits on the allocation of certain specific types of limited public rights, depending on their subject-matter (below 3.3).²⁹ In the sections below, Spanish and German law will be used in an instrumental way.

3.2 General requirements

3.2.1 Transparency

One of the main general requirements for the allocation of limited public rights stemming from EU law and from national Constitutions is the need to grant those rights by

²⁸ VON BOGDANDY 2005, p. 10.

²⁹ A further development of these issues from the point of view of Spanish law in L. Arroyo, 'Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número' in L. ARROYO and D. UTRILLA (Dir.), *La administración de la escasez. Fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid 2015.

means of transparent administrative procedures. Transparency is quite an open and ambiguous legal concept which has been described as an umbrella notion.³⁰ However, when it comes to allocating scarce resources, transparency can be assessed, at least, at three different moments. First, before the allocation begins transparency seems to call for some kind of *ex ante* publicity or information about the procedure at stake. Secondly, transparency can also be weighted within the allocation procedure both with respect to those taking part in it, and to the public. Finally, transparency also has a great deal to do with the content and form of the administrative decision once it has been taken, as is clearly shown by the duty to give reasons. Transparency is expressly enshrined as a constitutional principle in some Member States (e.g., articles 1(1) and 105 Spanish Constitution), and at least in its *ex ante* dimension it can be traced back to other general principles of EU law (for example, the fundamental freedoms) and national constitutional law (in particular, the principles of equality, impartiality, and objectivity).

EU law is going through a noteworthy evolution in this context, especially regarding the obligation of *ex ante* transparency. On the one hand, taking as a starting point the freedoms of establishment and to provide services (Articles 49 and 56 TFEU) the EUCJ has developed this dimension of transparency with respect to service concessions,³¹ in a process which has recently culminated with the codification of this requirement (Articles 3 and 30 *et seq.* Directive 23/2014/EU). On the other hand, the requirement of *ex ante* transparency has been provided for by Article 12(1) of the Services Directive with respect to a specific kind of limited entitlement administrative decisions (authorisations limited in number because of

³⁰ See PRECHAL and DE LEEUW 2008. See also A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU law*, Utrecht University, Utrecht 2013.

³¹ Case C-324/98 *Teleaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG* [2000] ECR I-10745, paras. 61-62; Case C-231/03 *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti* [2005] ECR I-7287, paras. 17-21; Case C- 458/03 *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG* [2005] ECR I-8585, para. 50.

the scarcity of available natural resources or technical capacity). For these cases, the aforementioned provision requires publicity to refer to ‘the launch, conduct and completion of the procedure’, so that the kind of allocation procedure has to be previously specified and adequately announced. Moreover, the Preamble of the Services Directive requires this procedure to include some kind of ‘open competition’.³² Finally, the EUCJ has extended the scope of the transparency requirement to other limited authorisations schemes which are not covered by the Services Directive.³³ From the foregoing it follows that both secondary legislation and case-law of the EUCJ have extended the obligation of transparency from the field of public procurement and services concessions to the allocation of other types of limited public rights, and specifically to the allocation of limited entitlement administrative decisions.³⁴ It should be taken into account that the legal regime of such a requirement is by no means identical in all those contexts, since important differences between them regarding scope, contents and admissible exceptions still remain.

3.2.2 Equality

One of the main features of limited public rights is that, as a result of scarcity, their allocation implies that interested individuals or firms will usually be treated differently by public authorities: whereas some of the applications will be accepted, others will be (at least partially) rejected. This confirms the need to explore the legal consequences of the equality

³² Recital (62).

³³ Case C-64/08, *Ernst Engelmann* [2010] ECR I-8219, para 58, and case 203/08 *Sporting Exchange Ltd (Betfair) v Minister van Justitie* [2010] ECR I-4695, para 54. See VAN DEN BOGAERT and CUYVERS 2011, pp. 1187 ff.

³⁴ WOLSWINKEL 2009, p. 96. See also PRECHAL and DE LEEUW 2008, p. 229.

principle with respect to the adoption of allocation administrative decisions, as well as the regulation of both allocation criteria and procedures.

Equality is acknowledged as a fundamental constitutional principle both in Member States and in EU law. For example, in article 3(1) of the German Constitution equality is expressly enshrined as a fundamental right with a twofold nature, thus operating both as a subjective right of individuals and as an objective norm.³⁵ Similarly, article 14 of the Spanish Constitution ensures the protection of equality as a fundamental right and therefore, according to the same view, as an individual guarantee and an essential element for the objective order of the community.³⁶ Within the academic literature of these two Member States, the equality principle is deemed as being one of the main substantive building blocks of the rule of law [article 20(1) of the German Constitution and article 1(1) of the Spanish Constitution].³⁷ In EU law, the principle of equality is nowadays enshrined as one of the Union's founding principles, i.e. as one of the values common to the Member States in which the EU is founded (Article 2 TEU) and as a fundamental right (Articles 20 and 21 CFREU). The principle of equality is recognized in EU law in a very broad sense, not only from the point of view of its scope, which moves beyond the particular areas of law in which the Treaties have established a specific non-discrimination clause,³⁸ but also from the perspective of its functions, since it has been pointed out that the principle of equal treatment plays at

³⁵ In reference to this double nature of fundamental rights in Germany see the Judgment of the Federal Constitutional Court in the *Lüth* case (BVerfGE 7, 198).

³⁶ See the Judgment of the Spanish Constitutional Court n. 25/1981, para 5.

³⁷ See, for example, M. SACHS, 'Art. 20' in M. SACHS (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München 2009, and L.M. DíEZ-PICAZO, 'Sobre la igualdad ante la Ley' in F. REY MARTÍNEZ and others, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, pp. 469 ff.

³⁸ J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London 2006, pp. 625 ff.

least three basic roles within the EU legal order: it first performs an instrumental role as a market-unifier, it also plays a regulatory role, and finally, equality acts as an autonomous constitutional principle.³⁹ The principle of equality has also been connected by the EUCJ with the rule of law.⁴⁰

When setting up the content and scope of the principle of equality, the EUCJ has relied primarily on Member States law,⁴¹ and this circumstance explains why the general content of the principle tends to be homogeneous in these jurisdictions. Such content results in a mandate pursuant to which similar situations are treated in a similar manner, as well as the corresponding prohibitions of treating differently such situations which are analogous,⁴² and of treating similarly situations which are different,⁴³ unless exceptions are grounded on objective criteria. The absence of an objective and rational justification of different treatment leads to arbitrariness and thus to an infringement of the principle of equality. This is a wide spread understanding of equality,⁴⁴ which in some jurisdictions is nevertheless being

³⁹ See G. DE BÚRCA, 'The Role of Equality in European Community Law', and C. BARNARD 'P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?', both in A. DASHWOOD and S. O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London 1997, pp. 13 ff., 59 ff.; and G. MORE, 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?' in P. CRAIG and G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford 1999, pp. 517 ff.

⁴⁰ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, OUP, Oxford 2006, pp. 4 ff.

⁴¹ TRIDIMAS 2006, p. 6.

⁴² Joined Cases 117/76 & 16/77 *Albert Ruckdeschel & Co. and Others v. Hauptzollamt Hamburg St. Annen* [1977] ECR I-1753, para. 7.

⁴³ Case 106/83 *Sermid v. Cassa Conguaglio Zuccheri* [1984] ECR 4209, para. 28.

⁴⁴ See, e. g., T.R.S. ALLAN, *Constitutional justice. A liberal theory of the rule of law*, OUP, Oxford 2001, p. 21; L. FAVOREU, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 2004, pp. 860 ff.; G. DE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, Cedam,

transformed as to additionally including a proportionality test, so that the measure does not only have to rest in objective reasons but also provide for a proportional difference of treatment.⁴⁵ Equality has its negative counterpart in the prohibition of discrimination.⁴⁶ This negative dimension is particularly apparent in EU law, especially within the rules on free movement –which are particular manifestations not only of the principle of non-discrimination based on nationality, but also of the general principle of equality, and thus they do not only prohibit direct discrimination on grounds of nationality, but also any other form of discrimination–⁴⁷ and in the context of the rules on competition –where the lack of equality is expressed in distortions of competition–.⁴⁸ It is important to note that both sets of rules are specifically qualified in Article 106(1) TFUE as amenable to being infringed in the process of granting special or exclusive rights.

The creation of a limited rights allocation scheme necessarily implies a different treatment of cases falling inside and outside its scope of application and, therefore, it has to

Milano 2008, p. 288; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra 2003, pp. 1295 ff.

⁴⁵ On the differences between the ‘old’ and the ‘new test’ in Germany, see L. ORTERLOH, ‘Art. 3’ in M. SACHS (ed.), *Grundgesetz Kommentar* (n 37), pp. 8 ff.

⁴⁶ SCHWARZE 2003, p. 562.

⁴⁷ See Case 152/73 *Giovanni Maria Sotgiu v. Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153, para. 11; Case C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt v. Roland Schumacker* [1995] ECR I-225, para. 26; Case C-381/93 *Commission v. French Republic* [1994] ECR I-5145, para. 17; Case C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* [1995] ECR I-4165, para. 37; Case C-367/98 *Commission v. Portugal* [2002] ECR I-4731, para. 45; Case C-110/05 *Commission v. Italy* [2009] ECR I-519, para. 37; Case C-383/05 *Raffaele Talotta v. État belge* [2007] ECR I-2555, para. 17.

⁴⁸ TRIDIMAS 2006, pp. 75 ff.

comply with the said constitutional and EU law requirements.⁴⁹ Furthermore, with respect to the allocation (in its strict sense) of limited public rights, scarcity drives to the need of selecting amongst applicants and therefore of treating them differently. Such differentiation is not in itself inconsistent with the principle of equality, but this constitutional requirement sets some conditions on the definition of the selection criteria. On the one hand, allocation cannot give rise to discrimination and consequently it must be based on reasonable and objective criteria and shall eventually comply with the principle of proportionality. On the other hand, the definition of such criteria must drive to equal or at least comparable conditions of applying for such resources for all operators concerned. In order to meet the requirements deriving from the principle of equality, allocation criteria must be feasible –i.e. giving all undertakings the real opportunity to comply with them–, verifiable –i.e. enabling the reliable verification of whether in a given instance they are in fact fulfilled–, mostly linked to the subject of the resource that is being awarded –since the farther and more loosely the criteria are connected with the subject-matter of the resource in question, the greater the risk that they would be set arbitrarily–, sufficiently clear and precise, and applied in accordance with uniform legal standards.⁵⁰ According to the case-law of the EUCJ, when national authorities have to base their allocation decisions on objective and non-discriminatory criteria, their discretion is subsequently circumscribed in such a way that it cannot be regarded as arbitrary.⁵¹

⁴⁹ Case 127/07 *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* [2008] ECR I-9895.

⁵⁰ M. SZYDLO, 'The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement' (2011) 12-7 *German Law Journal* 1429, 1048. See also WOLLENSCHLÄGER 2010, pp. 35 ff.

⁵¹ See among others Case C-205/99 *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) and Others v. Administración General del Estado* [2001] ECR I-1271, para. 38; Case C-389/05 *Commission v French Republic* [2008] ECR I-5337, para. 94; Case 203/08 *Betfair* [2010] ECR I-4695, para. 50; Case C-64/08 *Ernst Engelmann* [2010] ECR I-8219, para. 55.

Alongside these constraints related to the creation of the allocation scheme and to the definition of allocation criteria, from the principle of equality certain consequences with respect to the configuration and the execution of allocation procedures can also be derived.⁵² Given that allocation procedures are a sort of multi-polar legal relations, where inasmuch as what benefits one, burdens the other, equality in the sense of equal outcomes for all applicants is hardly feasible. However, in some jurisdictions equality is guaranteed at an earlier stage as equality of opportunities for all the potentially interested subjects.⁵³ From this perspective, the principle of equality requires the granting authority to treat all the interested operators on an equal basis regarding the factual and legal conditions and circumstances tied to the very participation in the allocation procedure. This interpretation of the principle of equality as equality of opportunities underlies the requirement of transparency, which comprises a specific dimension in the sphere of selection procedures, amounting to the need to ensure a degree of *ex ante* advertising sufficient to allow for all the potential applicants to participate in the procedure on an equal footing. As has been pointed out, the EUCJ has adopted this view regarding service concessions.⁵⁴ As for limited entitlement administrative decisions, the Court has also clearly stated that ‘compliance with the principle of equal treatment and with the consequent obligation of transparency necessarily means that the objective criteria enabling the Member States’ competent authorities’ discretion to be circumscribed must be sufficiently advertised’.⁵⁵

⁵² Judgment of the German Federal Constitutional Court in the *Gleichheit im Vergaberecht* case (BVerfG 116, 135 [153]). See WOLLENSCHLÄGER 2010, pp. 34 ff.

⁵³ WOLSWINKEL 2009, pp. 38 ff.

⁵⁴ Case C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287, paras. 17 ff.

⁵⁵ Case 203/08 *Betfair* [2010] ECR I-4695, para. 50. See also Case C-64/08, *Ernst Engelmann* [2010] ECR I-8219, paras. 55-57.

It is thus apparent that the transparency requirement and the resulting obligation of prior advertising have in EU law a strong connection with the principle of equality which lies in the understanding of the latter as equality of opportunities. In accordance with these grounds, certain conclusions can be drawn as to the scope of the obligation: on the one hand, the information must be appropriate, adequate, and adapted to the characteristics of the right to grant;⁵⁶ and on the other hand, it must include a reference to the future allocation procedure, the features of the rights that are to be allocated, the terms and forms of participation in the procedure, and the allocation criteria.⁵⁷ An obligation of transparency with such a minimum content can be rationally regarded as a condition of the existence of truly equal opportunities and therefore as a duty arising from the principle of equality in its condition as an EU law principle. The same can be said as for German public law: article 3(1) of the Constitution has been interpreted both by the academic literature and the courts as enshrining a subjective right to participate in an allocation procedure ruled by the principle of equal opportunities (*Recht auf chancengleiche Teilnahme*),⁵⁸ which comprises an obligation of *ex ante* transparency.⁵⁹

Such a wide interpretation of the equality principle is grounded on particular reasons in both legal systems: the role of equality as a market integration clause in EU law and the scope of the right to effective judicial protection (*Schutznorm* doctrine) in the German Constitution (article 19 IV). This is the reason why in other national legal orders the principle of equality is interpreted in a narrower manner, as a plain prohibition of different treatment

⁵⁶ See Case C-231/03 *Coname* [2005] ECR I-7287, para. 21; Case C-507/03, *Commission v. Ireland* [2007] ECR I-9777, para. 32; Case C-458/03 *Parking Brixen GmbH* [2005] ECR I-8585, para. 50.

⁵⁷ WOLSWINKEL 2009, pp. 88 ff.; SZYDLO 2011, pp. 1433 ff.

⁵⁸ Judgment of the German Federal Constitutional Court in the *Gleichheit im Vergaberecht* case (BVerfG 116, 135 [153]).

⁵⁹ WOLLENSCHLÄGER 2010, pp. 34 ff.

and not enshrining an obligation of *ex ante* transparency. An example is Spanish law, where this obligation can be connected with other constitutional mandates (objectivity, efficacy and transparency itself) but it has not been regarded yet as a consequence of the principle of equality in non-EU law cases.

On the contrary, it is not at all evident that the principle of equality demands a specific type of allocation procedure, neither in EU nor in national law. Provided that the selection rests on objective criteria, equality does not require that the allocation procedure has a comparative nature based on material criteria. Granting limited public rights according to the rule ‘first come, first served’ does not entail a comparison of the applications, projects, or subjective features of the interested individuals or firms, but it undoubtedly rests on an objective criterion –*prior in tempore*– which excludes the shadow of arbitrariness and discrimination. To sum up, while the obligation of transparency can be rationally regarded, at least in EU law and some Member States, as connected with principle of equality – understood as equality of opportunities –, the need of a competitive procedure shall necessarily be founded on a different constitutional principle.

3.2.3 Impartiality and objectivity

When it comes to the allocation of limited public rights, preclusion of favouritism and nepotism plays an important role. Taking into account that in such contexts public authorities decide on the distribution of a scarce resource and thus benefit some subjects with respect to others, the risk of being partial on the part of public bodies and public officials and agents is apparent. This explains the relevance of the analysis of the requirements deriving from the idea of impartiality in this context.

The requirement for impartiality in administrative action falls into the main principles of administrative law. In fact, in some Member States it enjoys constitutional status. For example, article 103 of the Spanish Constitution recognizes both objectivity and impartiality as constitutional mandates with the same content and different addressees: while objectivity imposes structural requirements on administrative organization, regarding

impartiality certain constraints related to individual officials are derived thereto. As for the contents of those requirements, which in Spain are usually connected with the principle of democracy,⁶⁰ objectivity and impartiality have two dimensions which have been subsequently specified under the general Administrative Procedure Act.⁶¹ On the one hand, impartiality forbids administrative decisions which unduly favour or work against private interests, and consequently sets conditions on the administrative decision-making and prevents the intervention in the procedure of civil servants and other administrative agents when a conflict of interests is apparent (articles 28 and 29 of the Administrative Procedure Act). On the other hand, the principles of objectivity and impartiality also require that administrative decisions are taken after a due and fair balance of the different interests at issue [article 4(1)c of the Administrative Procedure Act], thus entailing certain obligations in terms of administrative organization and procedure, particularly concerning advertising, participation and transparency [articles 3 and 35 *et seq.* of the Administrative Procedure Act].

Although it is not expressly enshrined in the German Constitution, impartiality is a well-established principle of German public law, the main contents of which are included in the German Federal Act on Administrative Procedure:⁶² articles 20 and 21 forbid the action of certain public officials acting on behalf of the Administration by reason of their connection with the parties or with the subject-matter of the procedure. A general principle has been inferred from these provisions, according to which the State must act with neutrality in administrative procedures.⁶³ It has been particularly highlighted that the goal of articles 20

⁶⁰ See J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid 2009, pp. 82 ff.

⁶¹ *Ley 30/1992, de 30 de septiembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

⁶² *Verwaltungsverfahrensgesetz* of 25.05.1976 (last amendment of 11.12.2008).

⁶³ V. NESSLER, 'Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht' (1999) *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1081.

and 21 of the Federal Act on Administrative Procedure is to prevent the influence in administrative procedures of private interests which are unconnected with its subject-matter, and consequently to enable that the procedure and its outcome are fair, objective, and impartial.⁶⁴ These requirements have sometimes been traced back to the constitutional principle of democracy,⁶⁵ whilst other authors connect them primarily with the rule of law and, specifically, with the general principle of equality.⁶⁶ On the contrary, the need for a due and fair balance of the different interests affected by an administrative decision has not been understood in Germany as a consequence of the principle of impartiality. Nevertheless, it has been regarded as a general requirement of rational administrative action materially linked to the rule of law.⁶⁷

Regarding EU law, both the EUCJ and the General Court (hereinafter referred to as EUGC) have laid down the existence of the principle of impartiality as an element of the principle of good administration.⁶⁸ According to the EUGC in the *max.mobil* case, the principle of impartiality derives from the principle of good administration, which is itself traceable to the rule of law.⁶⁹ As for its content, the principle presumes both the removal of

⁶⁴ F.O. KOPP, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, CH Beck, München 1996, pp. 334 ff.

⁶⁵ E. SCHMIDT-ASSMANN, 'Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung', in W. HOFFMANN-RIEM and E. SCHMIDT-ASSMANN (eds.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Nomos, Baden-Baden 2002, p. 454.

⁶⁶ NESSLER 1999, p. 1082. See also KOPP 1996, pp. 334 ff.

⁶⁷ SCHMIDT-ASSMANN 2004, pp. 84 ff.

⁶⁸ See, among others, Case C-255/90 *Jean-Louis Burban v. European Parliament* [1992] ECR I-02253; Case T-167/94 *Detlef Nölle v. Council and Commission* [1995] ECR II-02589. Regarding this case law see J. SCHWARZE, 'The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law' (2003) 1 *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 53.

⁶⁹ See Case T-54/99 *max.mobil Telekommunikation Service GmbH v. Commission* [2002] ECR II-00313, para. 48. This judgment was later set aside by the ECJ, which did not however put into question the argumentation concerning

those officials who have a personal interest in the outcome of the administrative procedure, and the duty of administrative bodies to carefully and impartially examine the relevant facts, interests and questions of law before adopting a decision.⁷⁰ Therefore, the two dimensions of impartiality and objectivity which have been identified with respect to the (in this respect somewhat different) national legal orders can be also noticed in EU law and particularly in the right to good administration.

These requirements have been expressly recognised as a part of the right to good administration enshrined in Article 41(1) CFREU, according to which ‘every person has the right to have his or her affairs handled impartially, fairly and within a reasonable time by the institutions, bodies, offices and agencies of the Union’. This right to good administration does not only bind the EU authorities but also the authorities of the Member States in so far as they implement EU law [Article 51(1) CFREU]. The content of the principle of good administration was nevertheless stipulated even before the incorporation of the Charter to EU law. Therefore, its meaning had been specified in various soft law instruments, such as the Ombudsman’s Code of Good Administrative Behaviour, which was adopted by the European Parliament through Resolution of 6 September 2001. The Code remarks, on the one hand, the notion of impartiality, according to which the official ‘shall be impartial and independent’, ‘shall abstain from any arbitrary action adversely affecting members of the public, as well as from any preferential treatment on any grounds whatsoever’, his conduct ‘shall never be guided by personal, familiar or national interest or by political pressure’, and he ‘shall not take part in a decision in which he or she, or any close member of his or her family, has a financial interest’ (Article 8); and on the other hand, the notion of objectivity, according to

the character and the ground of the principle of impartiality (Case C-141/02 *Commission v. T-Mobile Austria GmbH* [2005] ECR I-01283).

⁷⁰ See Case C-269/90, *Technische Universität München v. Hauptzollamt München-Mitte* [1991] ECR I- 5469; see also Case T-71/93, *Langnese v. Iglo GmbH* [1995] ECR II-1533, and Case T- 14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) v. Commission* [1999] ECR II-139.

which ‘when taking decisions, the official shall take into consideration the relevant factors and give each of them its proper weight in the decision, whilst excluding any irrelevant element from consideration’ (Article 9).

With respect to the allocation of limited public rights, the requirements of impartiality and objectivity purport a prohibition of adopting allocation decisions based on private interests of the public agents who are competent to take the allocation decision, as well as an obligation of carefully and impartially taking into consideration the relevant facts and interests at stake. Indeed, two kinds of interrelated requirements can be inferred from objectivity, the ultimate aim of which is to limit the margin of discretion of public authorities and to allow for controlling its exercise. On the one hand, it calls for a clear wording of the standards and criteria governing the allocation, which shall be accurate and unambiguous. In addition, such standards and criteria shall also be interpreted and applied in a homogeneous and consistent manner throughout the entire allocation procedure. On the other hand, out of the principle of objectivity arises a requirement for transparency in order to make possible that the granting authority takes due care of the relevant interests affected by the decision and to enable the review of the exercise of administrative discretion. This connection between objectivity and transparency is especially apparent in view of Article 12(1) of the Services Directive and the EU CJ’s case-law on the allocation of public contracts falling outside the scope of the secondary legislation on public procurement.⁷¹

Therefore, the obligations of advertisement and *ex ante* transparency deriving from the general principle of equality are also a means to achieve the guarantees of impartiality and –especially– objectivity of administrative action. From this perspective it has indeed been stated that transparency, ‘both in the design and in the conduct of the selection procedure, contributes to reviewing the impartiality of the selection procedure’, and that the ‘impartiality requirement is closely related or even part of the principle of equal treatment: impartiality is

⁷¹ Case C-324/98 *Telaustria and Telefonadress* [2000] ECR I-10745, para 62. See also Case C- 458/09 *Parking Brixen* [2005] ECR I-8585, para. 49.

necessary to guarantee equal treatment'.⁷² In turn, some authors have argued that the fact that transparency is intended to protect impartiality proves that 'it can be separated from equal treatment' and that they have '–partly– independent nature'.⁷³ In our view, the requirements of equality, transparency, objectivity and impartiality overlap only to a certain extent. The relationship between equality and impartiality within allocation procedures becomes particularly apparent in EU law due to the case-law of the EUCJ, where freedoms of movement and non-discrimination are of central importance. Notwithstanding, some of the national experiences we have dealt with show a weaker connection between these constitutional mandates. Furthermore, the Charter provides a framework which will probably facilitate an autonomous role of impartiality, objectivity and good administration in this respect.

Regarding the type of allocation procedure, the distinction between the two dimensions of impartiality and objectivity seems to be of importance. The need for impartial behaviour of public authorities does not require that the allocation procedure has a comparative or competitive nature, because it can be satisfied through lottery or a 'first come, first served' procedure. On the contrary, the duty of administrative bodies to carefully examine the relevant facts and interests at stake can eventually require that the type of procedure enables some kind of comparison or competition among the individuals and firms interested in accessing the relevant market or in the exercise of a right. Depending on the features of the activity or right concerned, this second dimension of impartiality –objectivity, in the wording of the Code of Good Administrative Behaviour– may call for some kind of comparative allocation procedure.

⁷² WOLSWINKEL 2009, p. 91.

⁷³ PRECHAL and DE LEEUW 2008, p. 231.

3.2.4 Efficacy

EU law imposes a general requirement of effectiveness on the Member States according to which national authorities have to give to the former adequate effect. Nonetheless, EU law does not contain a general principle of efficacy of administrative action in itself. Moreover, efficacy does not operate as a directive of administrative allocation decisions. EU law on public procurement is clear proof of this. On the one hand, the EUCJ has historically focused on the consequences of public procurement over the internal market and competition, paying almost no attention to the way in which administrative procedures and decisions in the area of public procurement favour the public interest. On the other hand, EU secondary legislation has dealt with the specification of those requirements which are necessary to prevent public procurement from having a negative effect on the fundamental freedoms and the rules on competition, the obligation of effectiveness being of great importance within this context. In contrast, the understanding of public procurement law as an instrument to improve the efficacy of other public policies as well as of public procurement decisions is rather new. The recent Directive 2014/24/EU on public procurement seeks to complement the traditional rationale of public procurement regulation with two supplementary objectives: increasing ‘the efficiency of public spending to ensure the best possible procurement outcomes in terms of value for money’ and to allow ‘procurers to make better use of public procurement in support of common societal goals such as protection of the environment, higher resource and energy efficiency, combating climate change, promoting innovation, employment and social inclusion and ensuring the best possible conditions for the provision of high quality social services’.⁷⁴ In short, the manner and the extent to which public procurement satisfies the public interest is increasingly important, although efficacy of administrative action is not a general principle of EU law, but

⁷⁴ Recitals (2) and (47).

a requirement having a governing role which remains circumscribed to those legal frameworks where it has already been incorporated.

On the contrary, in some national legal orders efficacy operates as a general principle of public law. In Germany efficacy had deserved little attention outside well defined areas of administrative law, such as the execution of administrative acts. However, academic literature has recently noticed its important contribution to the development of general administrative law as a general principle stemming from the rule of law [article 20(1) of the German Constitution]: administrative law and administrative action are instruments of social direction, the efficacy of which matters from a constitutional standpoint.⁷⁵ The Spanish Constitution expressly proclaims that the public Administration is obliged to protect and pursue with efficacy [article 103(1)] and efficiency [article 31(2)] those interests which have been qualified as public interests by the law. Hence, optimization of scarce public resources becomes a constitutional requirement, while efficacy turns into a source of legitimacy of a public Administration which, as the bureaucratic organisation of a social State (article 1 of the Spanish Constitution), is called to shape the social order subject to the public interest.⁷⁶ Moreover, as has been pointed out, these constitutional mandates do not only bind the public Administration in the exercise of its discretionary powers, but also directly bind the Parliament in-so-far as it is primarily concerned with the development of administrative law.⁷⁷

According to this understanding, the principle of efficacy has an effect on the whole range of administrative activities since they are devoted to the fulfilment of public interest requirements. It also has an impact on the allocation of limited public rights, as long as the

⁷⁵ See SCHMIDT-ASSMANN 2004, pp. 56 ff.

⁷⁶ See L. PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1995.

⁷⁷ L. ARROYO, 'Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo' (2009) 2 *InDret*.

limitation in itself of these legal positions as well as the selection among those private parties interested in obtaining them are measures designed to achieve different public interests. The scope and content of the principle of efficacy within this context shall be analysed on a separate basis. As for its scope, efficacy operates as a constitutional directive whenever the allocation decision is relevant to public interests. It is possible that, once the limitation of the number of rights to grant has been executed, the selection among those who aim at obtaining them lacks any potential impact on the relevant public interest, thus making it essentially neutral from this perspective. In these circumstances the regulation of the allocation procedure might be constitutionally conditioned by virtue of other mandates but not by the principle of efficacy. In contrast, when the selection does have those effects, efficacy gains importance. However, such importance might have various degrees, depending on the following criteria: first, the public interest can work as an external limitation in the exercise of the allocated right (e.g. an authorization for the provision of gambling services) and secondly, the exercise of such right can be directly aimed at the execution of the public interest (e.g. a public contract). Despite not being able to establish an absolute connection in this respect, it can be *prima facie* assumed that the former will normally be the case of authorisations, while the latter will better fit other kinds of limited public rights (e.g., rights to use public goods). Nonetheless, it seems reasonable that the requirements of the principle of efficacy regarding the regulation of the allocation procedure will be higher in the last of these two situations.

With respect to the substantive requirements, in the context of allocation procedures the principle of efficacy basically has two relevant dimensions: from a negative perspective, it forbids the administrative authority to grant the rights at stake to those individuals or firms who are not in an adequate condition to respect or to eventually comply with the requirements of public interests, and positively, it compels rights to be granted to those who could better comply, from an objective standpoint, with the demands of public interests, both in terms of the extent of their implementation (efficacy) and of the optimization of scarce resources (efficiency). Administrative law must therefore shape not only the selection criteria, but also the allocation procedures in a way that makes it possible to evaluate the capacities, strengths and limitations of the potential applicants and their projects, according to the particular

features of the limited public rights at issue.⁷⁸ Two consequences can be deduced in this respect: first, when efficacy matters *ex ante* transparency should always be obligatory because of its decisive contribution to the selection of potential candidates; and secondly, when efficacy matters genuine comparative or competitive procedures should enjoy *prima facie* priority over other selection mechanisms which do not allow a particular scrutiny of candidates. Indeed, allocation procedures such as lottery or ‘first come, first served’ can satisfy the requirements stemming from the principle of equality, but as it has also been said regarding objectivity, if the principle of efficacy comes into play the allocation procedure must foresee competitive, or at least comparative, selection mechanisms.⁷⁹

3.3 Specific requirements

The aforementioned constitutional principles affect the legal regime and the development of the administrative activity of allocation of limited public rights in a general way, i.e., regardless the object of such rights. However, EU law and domestic constitutional law impose some additional requirements on certain limited public rights schemes due to their content and/or the context in which their allocation takes place. In this regard two main scenarios should be separately mentioned: the administrative allocation of legal positions covered by a given constitutional freedom, and the administrative allocation of public benefits or services which have constitutional relevance.

⁷⁸ For other dimensions of the relationship between transparency and the quality of administrative decisions, see BUIJZE 2013, pp. 45 ff.

⁷⁹ SZYDLO 2011, p. 1445, with respect to the granting of exclusive rights. For additional references to Dutch law, see WOLSWINKEL 2009, p. 92.

The first group of cases refers to the creation and subsequent allocation of a limited number of entitlement administrative decisions which enable the exercise of a constitutional freedom, normally (but not always) the freedom to conduct a business (Articles 14 and 15 CFREU, article 38 of the Spanish Constitution, article 12 of the German Constitution). The decision to limit the number of entitlement administrative decisions and the definition of the allocation criteria entail a restriction of the content of the relevant freedoms. Therefore, they must meet the constitutional requirements applying to the limitation of such legal positions. These requirements include *inter alia* the intervention of the Parliament (*Gesetzesvorbehalt* or *reserva de ley*) and, more generally, the principle of prior normative programming (i.e., the requirement on regulatory authorities to predetermine to a certain extent the content and procedure for the adoption of singular administrative decisions before they are taken). The limitation of the number and the allocation criteria must also be justified in the pursuance of a legitimate purpose, satisfy the principle of proportionality and may not infringe the essential content or substance of the right [Article 52(1) CFREU, article 53.2 of the Spanish Constitution and article 19(2) of the German Constitution concerning the core content guarantee⁸⁰].

As for the limitation of the number of entitlement administrative decisions for the development of economic activities, the influence of EU primary law shall be highlighted, which in this context is quite sharp and derives from at least three set of rules. The first one is that of the freedoms recognized in the Charter, and in particular the freedom to conduct a business (Article 16 CFREU). Secondly, in this kind of scenarios some other specific requirements arise from the fundamental freedoms of the Treaty whenever the limited entitlement decisions scheme falls within their scope, essentially due to its cross-border

⁸⁰ On German law, see also, e. g., the Judgments of the German Federal Constitutional Court of 11.06.1958 (BVerfGE 7, 377) and of 28.03.2006 (1 BvR 1054/01).

character.⁸¹ Indeed, the quantitative limitation of the entitlement administrative decisions to grant involves a restriction of the fundamental freedoms which is additional to that resulting from the very requirement of an authorization. Such a restriction can be justified if it aims at protecting certain interests or objectives (mandatory requirements, overriding reasons of public interest, etc.) and if, in doing so, it passes a proportionality test (Articles 49 and 56 TFEU).⁸² The scope and structure of such requirements depend on whether or not the concerned sector is governed by secondary legislation (as is the case of services, hydrocarbons, electronic communications, or transport sectors): if there is some harmonization of the relevant area, the national measure will be primarily confronted with the relevant piece of secondary legislation.⁸³ Thirdly, the TFUE rules on special and exclusive rights also have an impact on public decisions limiting the number of entitlement administrative decisions to grant, since the allocation of the later results in the attribution of special or exclusive rights to their holders. As a consequence, the decision concerning the limitation of the number of this kind of public rights may be brought under any of the prohibitions built by the EUCJ when interpreting Article 106(1) TFEU, which would make necessary a justification through the general exception of Article 106(2) TFEU.⁸⁴

Secondary EU legislation is also of importance with respect to the definition of a scheme of limited entitlement administrative decisions. On the one hand, there are Directives which face the regulation of limited entitlement administrative decisions from a sector-based

⁸¹ See, e. g., Joined Cases C-570/07 and C-571/07 *Blanco Pérez and Chao Gómez* [2010] ECR I-4629, para. 55 ff.; Case C-169/07 *Hartlauer* [2009] Rec I-7633, para. 36.

⁸² See on this point, e.g., Case C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional and Bwin International Ltd. v. Departamento de Jogos da Casa da Misericórdia de Lisboa* [2009] ECR I-7633, para. 56; Case C-64/08, *Ernst Engelmann* [2010] ECR I-8219, para. 45.

⁸³ See C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, OUP, Oxford 2010, pp. 149 ff., 479 ff.

⁸⁴ Arroyo 2004, pp. 467 ff.

perspective and some of them are studied in depth in this collective work, namely those regulating greenhouse gas emission permits⁸⁵ and radio frequencies.⁸⁶ On the other hand, the Services Directive establishes a general legal framework for limited authorisations schemes which applies to entitlement administrative decisions, irrespective of them being technically administrative authorisations, concessions, or waivers, whenever they refer to services (and not goods) of any kind, except those that are excluded from its scope in Article 2. Firstly, Article 15(2) requires Member States to examine whether their legal system makes access to a service activity or the exercise of it subject to ‘quantitative or territorial restrictions, in particular in the form of limits fixed according to population or of a minimum geographical distance between providers’. Secondly, Article 15(3) states that those restrictions shall comply with some conditions: (i) they must be neither directly nor indirectly discriminatory on the basis of nationality nor on the basis of the registered office location; (ii) they must be necessary in terms of being justified by an overriding reason relating to the public interest; and (iii) they must be proportional, in the sense that the restrictions are suitable for securing the attainment of the objective pursued, that they do not go beyond what is necessary to attain that objective and that it is not possible to replace those requirements with other, less restrictive measures which attain the same result. Thirdly, Article 11 forbids those authorisations to be granted for a limited period, except where ‘the number of available authorisations is limited by an overriding reason relating to the public interest’. Finally, Article 12 contains rules on the allocation procedure, duration and renewal of authorisations whose number ‘is limited because of the scarcity of available natural resources or technical capacity’.

With regard to the allocation of the entitlement administrative decisions, once their number has been validly limited the concerned constitutional freedom turns into a right to

⁸⁵ European Parliament and Council Directive 2003/87/EC of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC [2003] OJ L275/32.

⁸⁶ European Parliament and Council Directive 2002/20/EC of 7 March 2002 on the authorisation of electronic communications networks and services [2002] OJ L108/21.

participate in the allocation procedure, and to do so with certain guarantees: the requirement of Parliamentary legislation spreads to the regulation of the administrative procedure of allocation, the Administration is required to give adequate publicity to the call and, if necessary, to complete and to concrete the allocation program (so-called *Konzeptpflicht* within the German academic literature).⁸⁷ Finally, the constitutional freedom held by all applicants does not ensure that they will all obtain the entitlement administrative decision, but it does include the guarantee that the administrative decision results from a proper and accurate implementation of the allocation program. In general terms, the obligation of correctness of administrative action stems from the rules governing such action, but in cases like these such an obligation finds a specific constitutional basis, which vanishes when the subject-matter of the allocation is not a legal position protected by the Constitution.

As stated above, the second set of cases is that of the allocation of constitutionally relevant public benefits or services. Such relevance can derive from the fact that the benefit to allocate is the subject-matter of a constitutional right [e.g., the right to education in article 27(1) of the Spanish Constitution], or it may result from the circumstance that the affected benefit or service is the object of a constitutional directive, i.e. a mandate of optimization imposed on the public authorities by the Constitution without directly acknowledging a corresponding subjective public right to citizens [e.g. the mandates of protection of health, housing, disabled and elderly people in articles 43, 47, 49 and 50 in connection to article 53(3) of the Spanish Constitution]. The scarcity of public resources available for the satisfaction of these benefits or services can be managed either through the restrictive configuration of their scope and/or of the requirements for accessing them and the subsequent establishment of admission procedures, or by means of the limitation of the number of benefits and their further administrative allocation. When the latter alternative is chosen, the limitation on the number of benefits, the demarcation of their scope and the definition of the

⁸⁷ See WOLLENSCHLÄGER 2010, pp. 536 ff.

allocation criteria are constitutionally relevant,⁸⁸ to the extent that they will have to pass a proportionality test from the perspective of the prohibition of insufficient actions (*Untermassverbot*). Likewise, as a result of the quantitative limitation of resources to allocate, the right or interest in obtaining the benefit in question turns into a right to participate in a procedure with certain guarantees. Which ones these are depends largely, however, on whether the constitutional provision configures the service or benefit directly as a right [as happens with the right to education in article 27(1) of the Spanish Constitution] or as a mere mandate for public authorities in compliance of which the corresponding rights are set out [e.g., the rights to access health services or to a subsidized housing in articles 43 and 47 of the Spanish Constitution].⁸⁹

4. CLOSING REMARKS

The creation and the administrative allocation of limited public rights, although traditionally governed by heterogeneous legal regimes, raise certain common regulatory problems which make necessary to incorporate this kind of activity to the system of general administrative law. To that end, it is first necessary to conceptually demarcate it as well as to identify its main manifestations. The analytical tools resulting from this approach are the basis for the systematic construction of the administrative activity of allocation of limited public rights, which must be developed both deductively and inductively. The deductive perspective, which is the one on which this paper has focused, allows for identifying certain horizontal requirements on the administrative activity under examination, which stem both from EU law and national constitutional law. Academic literature has mainly focused on the scope and particularities of the limitations arising from the fundamental freedoms as well as

⁸⁸ See e.g. the ECHR Judgement of 2.04.2013 on Case *Tarantino and others v. Italy* regarding the right to education.

⁸⁹ Arroyo 2015.

from both general and sector-based secondary EU law. Nevertheless, the development of a doctrine on the allocation of limited public rights as a part of general administrative law demands widening the perspective in order to explore the requirements on this kind of administrative activity, which derives from a set of constitutional principles, such as impartiality, objectivity, efficacy, transparency and equality, the two latter being of special strength from the point of view of EU law. These principles go beyond the law of the internal market and operate as a bridge between the law of the Union and the constitutional orders of its Member States. From this perspective, it should be noticed that, as long as some of these principles ensure the application of certain legal requirements that are also enshrined in EU law even in the cases where the conditions for the application of the later are not met, they contribute to the prevention of asymmetries between EU and non-EU law cases.

EU and national constitutional law impinge on two main aspects of limited public rights schemes. The first one refers to the limitation on the number of rights to be allocated. When such rights are related to the exercise of a subjective legal position with a constitutional rank, the limitation of their number may involve a restriction of the corresponding constitutional right and must therefore fulfil the requirements that the CFREU and/or the relevant domestic Constitution imposes on such kind of restrictions. This particularly applies to limited entitlement administrative decisions as well as to limited public benefits with constitutional relevance. Moreover, the limitation on the number of entitlement administrative decisions for the development of economic activities raises concerns from the standpoint of the EU law rules on fundamental freedoms and on special and exclusive rights, and must therefore conform to the corresponding justifications provided for by EU law in this context.

The second element concerns the administrative allocation procedure and the allocation criteria. Apart from the specific requirements that may exist on this field depending on the content of the right to be allocated, both EU law and domestic constitutional law impose a general mandate that the allocation procedure and criteria meet certain requirements of transparency, equality and non-discrimination, objectivity, impartiality and efficacy. The scope of these requirements and the specific techniques through which they must be carried out, as well as their constitutional basis, vary depending on the kind of right to grant and the

context of its allocation, yet their acknowledgement is an indisputable trend in relation to almost all of them.

Finally, some closing remarks shall be made with respect to these procedural requirements. Firstly, they have been regarded as outcomes of certain legal principles, some of them being fundamental rights both at EU and national level (e.g. equality and good administration) while others are policies without a subjective nature, and even without constitutional status in some jurisdictions (e.g. efficacy and efficiency). Furthermore, it has been confirmed that these specific procedural requirements can be simultaneously connected with more than one of these principles, as is particularly true for *ex ante* transparency. Secondly, as long as they are legal principles their legal force has to be analysed from two different perspectives: on the one hand, these procedural regulations are *prima facie* required by the respective constitutional principles but on the other hand, they can eventually be displaced by other opposing principles under certain conditions. Finally, these procedural requirements enjoy the legal force which comes from the norm at stake (e.g. EU primary law, national constitutional law, etc.). However, they perform a genuine constitutional function which consists in providing structural criteria for the systematic construction of general administrative law, and, in particular, for the development of a general theory on the allocation of limited public rights.

REFERENCE LIST

ADRIAANSE, P., VAN OMMEREN, F.J., DEN OUDEN, W. and WOLSWINKEL, C.J. (2016), 'The Allocation of Limited Rights by the Administration: An Introduction to Current Legal Questions' in this book.

ALEXY, R. (2012), 'Rights and liberties as concepts', in M. ROSENFELD and A. SAJÓ (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford.

ALLAN, T.R.S. (2001), *Constitutional justice. A liberal theory of the rule of law*, OUP, Oxford.

ARROYO, L. (2004), *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.

ARROYO, L. (2009), 'Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo', 2 *InDret*.

ARROYO, L. (2015), 'Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número' in L. ARROYO and D. UTRILLA (eds.), *La administración de la escasez. Fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid.

ARROYO, L. and UTRILLA, D. (2015), 'La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas' in L. ARROYO and D. UTRILLA (eds.), *La administración de la escasez. Fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid.

BARNARD, C. (1997), 'P v. S: Kite Flying or a New Constitutional Approach?', in A. DASHWOOD and S. O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London.

BARNARD, C. (2010), *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, OUP, Oxford.

BUIJZE, A. (2013), *The principle of transparency in EU law*, Utrecht University, Utrecht.

DE BÚRCA, G. (1997), 'The Role of Equality in European Community Law', in A. DASHWOOD and S. O'LEARY (eds.), *The Principle of Equal Treatment in EC Law*, Sweet & Maxwell, London.

DE VERGOTTINI, G. (2008), *Diritto Costituzionale*, Cedam, Milano.

DÍEZ-PICAZO, L. (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Civitas, Madrid.

DÍEZ-PICAZO, L.M. (2002), 'Sobre la igualdad ante la Ley' in F. REY MARTÍNEZ and others, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente. Vol. I*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

ELSTER, J. (1992), *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, Cambridge University Press, Cambridge.

ESTEVE PARDO, J. (2003), 'El mercado de títulos administrativos' in L. COSCULLUELA (coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid.

FAVOREU, L. (2004), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Paris.

GOMES CANOTILHO, J.J. (2003), *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra.

HOFSTEE, W.K.B. (1990), 'Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis', 29 *Social Science Information*, 4, pp. 745 ff.

KOENIG, C. (1994), *Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung. Grund und Grenzen einer Deregulierung am Beispiel der Vergabe von Konzessionen, Kontingenten und Genehmigungen zur unternehmerischen Nutzung öffentlich verwalteter Güter*, Duncker & Humblot, Berlin.

KOPP, F.O. (1996), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, CH Beck, München.

KUPFER, D. (2008), *Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden.

MALAVIYA, N. (2010), *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

MARTINI, M. (2008), *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Verwaltung des Mangels durch Marktmechanismen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

MAURER, H. (2009), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, CH Beck, München.

MORE, G. (1999), 'The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Right?' in P. CRAIG and G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, OUP, Oxford.

NESSLER, V. (1999), 'Der Neutralitätsgrundsatz im Vergaberecht', *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 1081 ff.

OGUS, A. (2004), *Regulation. Legal form and economic theory*, Hart, Oxford.

ORTERLOH, L. ('Art. 3' in M. SACHS (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München.

PAREJO ALFONSO, L. (1995), *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

PRECHAL, S. and DE LEEUW, M.E. (2008), 'Transparency: A General Principle of EU Law?' in U. BERNITZ, J. NERGELIUS and C. CARDNER (eds), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.

RÖHL, H.C. (2008), 'Ausgewählte Verwaltungsverfahren', in W. HOFFMANN-RIEM, E. SCHMIDT-ASSMANN and A. VOSSKUHL, *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C. H. Beck, München.

SACHS, M. (2009), 'Art. 20' in M. SACHS (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, München.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2009), *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2002), 'Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung', in W. HOFFMANN-RIEM and E. SCHMIDT-ASSMANN (eds.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Nomos, Baden-Baden.

SCHMIDT-ASSMANN, E. (2004), *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin.

SCHMIDT-PREUSS, M. (2005), *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht*, Duncker & Humblot.

SCHWARZE, J. (2003), 'The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law', 1 *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, pp. 53 ff.

SCHWARZE, J. (2006), *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London.

SZYDLO, M. (2011), 'The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement', 12-7 *German Law Journal* 1429, 1048 ff.

TRIDIMAS, T. (2006), *The General Principles of EU Law*, OUP, Oxford.

VAN DEN BOGAERT, S. and CUYVERS, A. (2011), "“Money for nothing”: The case-law of the EU Court of Justice on the regulation of gambling", 48 *Common Market Law Review*, pp. 1175 ff.

VILLAR PALASÍ, J.L. (1964), *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

VON BOGDANDY, A. (2005), 'Constitutional Principles' in A. VON BOGDANDY and J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, Oxford.

WOLLENSCHLÄGER, F. (2010), *Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

WOLLENSCHLÄGER, F. (2015), 'El procedimiento administrativo de adjudicación de derechos limitados en número en el Derecho administrativo general', in L. ARROYO and D. UTRILLA (eds.), *La administración de la escasez. Fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid.

WOLSWINKEL, C.J. (2009), 'The allocation of a limited number of authorisations. Some general requirements from EU law', 2 *Review of European Administrative Law* 61 ff.

PROBLEMS AND PROSPECTS OF ACADEMIC CAREERS IN POLAND

(November 2015)

**GRAZYNA PRAWELSKA-SKRZYPEK
WITOLD MIKULOWSKI¹**

SUMMARY

INTRODUCTION

1. A SHORT HISTORY OF POLISH ACADEMIC AND HIGHER EDUCATION SYSTEMS

1.1. From the first Polish Kingdom to the Second Polish Republic (1364 – 1944)

*1.2 Polish scientific research and higher education system in post-war communist
Polish People's Republic (1945-1989)*

a) Reconstruction and development of higher education and scientific research institutions

b) Post-war organization of higher education and scientific research institutions

c) Scientific career paths and academic functions

*d) Subsidiary and autonomous positions of academic staff in Polish higher education and
research institutions*

2. POLISH ACADEMIC AND HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS AND THEIR SCIENTIFIC STAFF AFTER THE FALL OF THE COMMUNIST REGIME

2.1. Development of higher education institutions in a new political and economic context

*2.2. The present system of academic careers in Polish scientific and higher education
institutions*

2.3. The dynamics of scientific careers development from 1990

2.4. Characteristics of doctoral studies in Poland

¹ Prof Grazyna Prawelska-Skrzypek, Institute of Public Affairs, Jagellonian University of Krakow Dr Witold Mikulowski, independent international consultant, Public Administration and management specialist, IIAS Vice-President for Eastern Europe

2.5. Acquisition of a Doctor Habilitatus degree and Professor's title

3. CHALLENGES AND PROSPECTS OF FURTHER DEVELOPMENT OF POST-GRADUATE STUDIES AND SCIENTIFIC CAREERS DEVELOPMENT IN POLAND

3.1. Recent trends of development of post-graduate studies and of the careers of their graduates

3.2. Prospects of further development of post-graduate studies and scientific career development in Poland

FINAL CONCLUSIONS

EXECUTIVE SUMMARY

REFERENCES

INTRODUCTION

The uniqueness of the Polish system of academic careers has much to do with the country's long and often turbulent history, which influenced the evolution of its higher education institutions.

Therefore, to permit a better understanding of the present situation of higher education institutions, we consider it necessary to begin our paper with a short presentation of their historical background. We describe the main turning points of this evolution, starting from the creation of the first Polish university in the 14th century in Cracow. Next, we put primary emphasis on the recent period, from the Second World War up to the end of the communist governance system in 1989. We present the main features of the evolution of Polish higher education and academic career models during the last 25 years of the post-communist period. During this period, the development of higher education institutions was influenced by four interdependent factors. The first one was a significant demographic growth of the population of young people with secondary education expecting social and economic promotion that a higher education diploma could ensure them. The second was the introduction of market economy and a dynamic development of the private sector, which created new jobs for better educated people. The third was the possibility offered by a liberal democracy to create private higher education institutions, permitting to enlarge the offer of

higher education without big public investments in this sector. Last but not least was the European integration, which has led to a progressive modification of the existing model of national higher education and academic career models in view of conforming them to European standards. All of these factors have influenced the evolution of the academic career model, based on the hierarchy of scientific grades and their relations with a corresponding hierarchy of positions and functions in the scientific research and higher education institutions.

In the last chapter we present recent trends and prospects of further development of Polish research and academic institutions and their scientific staff, taking also into account the problems and consequences of the adoption of European standards in the specific context of Polish socio-economic and cultural constraints.

1. A SHORT HISTORY OF POLISH ACADEMIC AND HIGHER EDUCATION SYSTEMS

1.1. From the first Polish Kingdom to the Second Polish Republic (1364 – 1944)

The history of Polish academic institutions began in Cracow, the former capital city of the Polish Kingdom, with the establishment of the Jagiellonian University in 1364. It was the first university in Poland and the second in Europe, after its original model, the University of Bologna. The next Polish university, the Stefan Batory University, was created in 1579 in Wilno (now Lithuanian Vilnius), situated at that time in the united Polish-Lithuanian Commonwealth. The next two Polish universities were created in the 17th century – the University of Poznan in 1611, and the Jan Casimir University of Lwow (now Ukrainian Lviv) in 1661.

In 1795, Poland lost its independence for the next 123 years, and its territory was split into 3 parts incorporated into the invading empires of Russia, Austro-Hungary and Prussia. Each of them had its specific system of higher education and model of academic careers. The next Polish university was created in 1816 in Warsaw, the Polish capital city from the 17th century until the present day. At the moment of the founding of the university,

the capital city was situated in the semi-independent “Congress Poland” (1815-1930)². It was created in the part of Poland conquered by Russians and ruled by a Russian prince as its king. After the fall of an uprising against Russian domination in November 1830, this part of Poland was completely integrated into the Russian empire and the University of Warsaw was closed by Russian authorities.

32 years later, however, in 1862, a Polish-speaking Warsaw Main School was created, playing a *de facto* role of an university, with 4 faculties. It was closed once again a few years later (in 1869) after the definitive fall of the next Polish uprising against Russian occupation, started in January 1863.

In 1918, after the First World War, Poland recovered its independence and all of the abovementioned universities found themselves in the independent Second Polish Republic³. Between 1918 and 1939, eight other public and four private higher education institutions were established in Poland. Their organisation was based on the common principles and common academic career model defined by the Law on Academic Schools adopted in 1920. Another Polish university, the Catholic University of Lublin, was created in 1918 by the decision of the Apostolic See, with a unique status based on the model of the *Gregorianum*, a Catholic university in Rome. The status and organisation of all other higher education institutions were based mainly on the liberal German model, distinguishing between academic and professional schools of higher education. This distinction is maintained until now. Only the former were supposed to conduct research activities and were authorised to award doctoral degrees and professorial titles. They enjoyed freedoms of both teaching and research and had extensive autonomy of their internal organisation and management. However, in 1933, their autonomy was significantly reduced by the new Law, which gave stronger supervisory competences to the governmental authority responsible for this field (then the Ministry of Confessions and Public Education).

² Created during the Congress of Vienna after the fall of Napoleon’s empire. Its predecessor, the Duchy of Warsaw, was created in 1807.

³ The official name of the independent Polish Kingdom was “Republic of Poland” because Polish kings were elected by all members of the large noble society. Therefore, when after the World War I Poland recovered its independence, it was considered as the Second Republic.

During the Second World War, Poland was once again attacked, occupied and split between fascist Germany and communist Soviet Union. Under the German occupation, all higher education institutions were closed. In the part occupied by the Soviet Union, they continued to exist, but lost their national Polish character. In both instances, academic staff suffered very heavy losses. At the very beginning of the German occupation, on 6 November 1939, German authorities organised a special action under the name of “Sonderaktion Krakau.” They arrested and deported 183 Jagiellonian University professors to concentration camps. Forty other eminent Polish professors of the Lwow University were shot dead by Germans in 1941. Many of their colleagues from other Polish universities died in captivity as war prisoners or in German concentration camps. Many more died soon after their liberation at the end of the war. It is not widely known, moreover, that some Polish professors held as war prisoners on the western front in France, together with their French colleagues, organised university studies in their prisoners camp. They delivered higher education diplomas that were recognised after the war both by French and Polish authorities⁴ (Georges Langrod, 1946, L. Boulet, 1980, p. 465).

In the Polish territory under German occupation, only the lowest level of professional education was admitted for Polish citizens. However, under the cover of professional schools, the authorities of the Polish underground state organised and conducted clandestine general secondary and higher education studies.

In the part of Poland later occupied by the Soviet Union, a number of Polish professors and other scientific staff members were incorporated into the Polish army at the beginning of the war. At the onset of the Soviet occupation, they were made war prisoners and executed with other Polish officers in 1940 on Stalin’s order in the infamous Katyn Forest and other similar places. Many others lost their lives in various Soviet “gulags”. Moreover, when Poland fell to the Soviet sphere of influence at the end of the war, a number of Polish professors who had fought in the Polish army as a part of the western anti-German coalition

⁴ In the German camp for war prisoners “Oflag XVII A” in Edelbach in Austria, a Polish professor, Georges Langrod from the Cracow University, and his French colleagues, created a French University that had a Law Faculty especially for Polish war prisoners, cf. Law Faculty for the Polish officers, war prisoners in the Edelbach camp, 1940-1945, Ed. Science and Art, Warsaw – Wrocław, 1946, (in Polish).

did not come back from exile. Others returned home but fled communist Poland soon after the war.

1.2 Polish scientific research and higher education system in post-war communist Polish People's Republic (1945-1989)

a) Reconstruction and development of higher education and scientific research institutions

During the war, Polish academia lost a big part of its scientific staff and infrastructure. Moreover, two of its oldest and most important universities found themselves outside of its new borders. One of the oldest Polish universities, the Stefan Batory University of Wilno, became the Lithuanian University of Vilnius. The Jan Casimir University of Lwow became the Ukrainian University of Lviv. However, almost all of the surviving staff (not only scientific but also administrative and auxiliary personnel) were repatriated within the new Polish frontiers. They moved from Wilno to the newly created Nicolas Copernicus University in Torun, and from Lwow to Wroclaw (former German Breslau), newly incorporated into Poland. In Wroclaw, the Polish University replaced its German predecessor, funded in 1811 by the Prussian King Frederick William III. Five other new universities were also created in other regional centres. Many other higher education institutions (medical, agricultural, pedagogical, technical, sports, cultural, military, etc.) were also created in different regional centres and placed under the authority of the ministries responsible for different fields of their specialisation.

Concerning Polish scientific research institutions, the first one, the Polish Academy of Arts and Sciences, was founded in 1872 in Cracow, in the part of Poland incorporated into the Austro-Hungarian Empire. During the Stalinist period, in 1952, it was merged with the Polish Academy of Sciences established in 1951 in Warsaw. It was never formally dissolved and was reactivated again after the fall of the communist regime in 1989. Many other specialised scientific research and R&D institutions were created and attached to different ministries. Up to the end of the communist period, all academic and research institutions were public, except for the Catholic University of Lublin (only such case in the whole communist bloc). Even this university, however, was obliged to respect the rules of general legislation in this domain, and was placed under the supervision of the Ministry in charge of higher education.

All of these institutions were functioning under the administrative control of the central government and under close political control of the Communist Party. They were subject to central and local committees; each institution was also supervised by an internal Party committee. These committees were supervising the political correctness of the functioning of the universities, their program contents, the political behaviour of their staff, and their external relations – especially their scientific cooperation with the Western world. This control was particularly important and had the most negative impact on the teaching and scientific research activities in the most politically sensitive fields of social, economic and human sciences. After Stalin's death, however, the Polish government conducted a more liberal policy in this domain, allowing for the development of academic institutions' relations and exchange programs with the Western world. A more liberal policy was also applied to student organisations. Poland was the only communist country to have authorised the creation of the Students Association of Friends of United Nations, which became a national section and an active member of the International Student Movement for the United Nations.

b) Post-war organization of higher education and scientific research institutions

In the post-war period, higher education at all academic levels continued in the same form as before the war, being five years in duration and sanctioned by a Master's degree. Starting from the early sixties, however, new professional study programs were added that lasted three years and delivered their courses during the weekends (2 weekends per month). They were initially created in two fields: pedagogic education and public administration. These programs were designed mainly for the staff of communist party committees, police, army, public administration and public enterprises. These staff did not have higher education, but they were promoted, for political reasons, for jobs normally requiring a higher education diploma. Taking into account the big demand for this form of higher education, many university faculties created these new types of programs. These programs were delivered not only in their main campuses, but also in local branches opened specifically for this purpose in certain other cities of the same region. These decentralised teaching activities were enabled by academic staff who resided in the town of the institution's main campus and went to the branch locations only to deliver their courses. This process created a greater demand for academic staff. Since it wasn't possible to increase their number rapidly, this situation generated a new type of academic mobility, which consisted in working simultaneously for several higher education institutions situated in different locations. This mobility necessarily

had a negative impact on the research activities of the scientific staff obliged to travel and overburdened with teaching in two or more academic institutions.

Meanwhile, only a Master's degree was formally recognised as a full higher education diploma; the diplomas of these three-year professional part time studies were not⁵. A growing number of those holding these professional diplomas, who wanted to keep their jobs formally requiring full higher education, boosted demand for a Master's level program offered in the form of part-time professional studies. Such programs were created a few years later, offering a Master's degree upon successful completion of two years of supplementary studies. Progressively, this form of education was extended to other fields, creating a *de facto* parallel system with two levels of higher education. Initially, this two-level structure of higher education was introduced only in certain disciplines, in which the three-year programs were already offered. They were progressively extended to certain other disciplines, and even to mainstream university programs. From the very beginning, however, certain disciplines of higher education were, and remain up to now, excluded from this two-level system. This exception applies in the faculties of Law, Psychology, Theology and Canon Law as well as Medical and Veterinary studies. These new types of higher education programs contributed to the creation of a number of local branches of academic institutions in smaller towns, where no higher education institutions had ever existed before.

Despite these innovations, access to higher education and the percentage of people with a higher education diploma were not improving very rapidly. This was due to the limited development capacities of existing public higher education institutions, and more particularly, of their scientific staff. The primary reason for a rather slow expansion of access was financial. In the socialist system, higher education was free of charge, and the State budget could not afford a significant growth of expenses on higher education – neither for the necessary infrastructure and equipment, nor for the personnel. The second reason for limited higher education access was a limited number of scientific and teaching staff, who

⁵ Until now, in the Polish Civil Service system, a Bachelor's degree is not recognized as a diploma of full higher education required for access to the category A reserved for civil servants with a higher education diploma.

could be recruited and paid only within the legal and financial constraints of public employment.

This situation did have some advantages, however. One such advantage was a selective recruitment of students based on entry exams. In the case of more popular programs and more renowned faculties, it was not unusual for 20 or even more candidates to compete for one place. In the political and social context of this period, selection was not always fully fair, but a significant majority of admitted candidates was selected on merit-based criteria. The limited number of selected students enabled a high level of their aptitude. Moreover, selection continued during their studies in order to ensure a good quality of those who were able to graduate. Another positive aspect of this system was that, given a limited number of graduates, nearly all of them could find jobs corresponding to their academic training, even if for political and personal reasons they did not always have equal opportunities to get a job of their choice.

C) Scientific career paths and academic functions

The scientific career path inherited from pre-war Poland was maintained in the communist period with few alterations, keeping the same hierarchy of functions and the same scientific degrees required to be entitled to occupy them. A higher education institution was composed of faculties placed under the authority of an elected Dean, assisted by two or more Vice-Deans⁶ (one for teaching and the other for scientific matters). Each faculty was divided into specialised institutes, chairs and smaller specialised units (*zakład*). The institutes and chairs were headed by Full Professors and a *zakład* by at least an Associate Professor with the Habilitatus degree (*doktor habilitowany*).

Each head of a chair or institute built his or her own team, choosing a staff of Assistant Professors (*asystenci*) with Master's degrees and Associate Professors (*adiunkci*) with doctoral degrees from among his or her own students, who wrote their Master's or doctoral theses under his or her guidance.

We shall also mention the function of the scholarship system here. There were three kinds of scholarships. The first one was of a need-based character and was reserved for people

⁶ The number of Vice-Deans varied depending on faculty.

with low family incomes. The second type, called a “funded scholarship”, was offered by different public institutions to beneficiaries who were later obliged to work in the funding institution for at least three years after the completion of their studies. The third type of scholarship, which interests us here more specifically, was called a “scientific scholarship” and was awarded to the best students expected to pursue a scientific career at the admitting institution. At the end of their studies, the beneficiaries of these scholarships started their careers as assistants employed in the chair in which they had prepared their Master’s degree.

Appointment for scientific management functions (head of chair or *zakład*) was reserved for academics having at least an autonomous position of a *docent* (equivalent but not equal to an Associate Professor). Appointments to *docent* positions were considered politically sensitive. In the situation of a growing number of students and a small number of autonomous scientific staff, the national authorities adopted the practice of exceptional promotion for their political allies with only a doctoral degree. This policy was pursued especially during the period of Stalinist persecutions from 1949 to 1955, when a number of professors were barred from teaching because they were considered ideologically incorrect and/or politically unsure. A similar situation happened in March of 1968, when student protests against censorship and demanding a more liberal cultural policy were brutally repressed by the police. These protests were supported by the more liberal and courageous among the academic staff, who were persecuted and often barred from teaching for this reason. In 1968, this coincided with anti-Semitic purges within the communist establishment and in the academia. Political authorities pushed a number of academic staff with Jewish origins to leave the country and emigrate to Israel or other Western countries (mainly West Germany, France and USA, but also Australia and South Africa). Their departure created an urgent need for their replacements. Vacant positions were filled by promoting a number of politically correct holders of doctoral degrees who were communist party members. They were promoted to the position of a *docent*, normally requiring a *Habilitatus* degree⁷. The newly promoted docents without these degrees were commonly and disdainfully called “March docents”.

⁷ The *docent* position was suppressed first in the Polish Academy of Sciences in 2010 (Law of 30.04.2010 reforming the organisation of the system of Sciences O.J. 2010 no. 96 pos. 620) and the next year also in higher education institutions (Law modifying the Law on higher education and on degrees and scientific title (O.J. 2011, no. 84 pos. 455).

An important feature of scientific staff career development in the communist period was the internal and non-competitive selection of academic staff by the chair or head of a *zakład*. It had two main reasons. The first one is related to the traditional model of academic career development, based on master-apprentice-journeyman relations, similar to the old craftsmen's model (without, of course, the journeyman tradition of travelling abroad before becoming a master). The other reasons for non-competitive selection were related to the difficulty of moving to another town caused by widespread housing problems and limited possibilities of a scientific apprenticeship abroad, especially to the other side of the "iron curtain," due to political constraints.

d) Subsidiary and autonomous positions of academic staff in Polish higher education and research institutions

The positions of academic staff in the post-war socialist Poland fell in one of two main categories: subsidiary or autonomous. Subsidiary positions included those of Assistant Professors (*asystenci*), Senior Assistant Professors (*starsi asystenci*) and Associate Professors (*adiunkci*). The Assistant positions required a Master's degree, and the function of an Associate Professor (*adiunkt*) – a doctoral degree. Doctoral degrees were granted by the decision of an entitled Faculty Council, made on the basis of a thesis and upon a personal presentation of the findings followed by a public debate. The bearers of subsidiary academic functions (Assistant and Senior Assistant Professors) had the obligation to conduct research activities in view of obtaining doctoral degrees and after that – Doctor Habilitatus degrees. Obtaining these successive degrees was the condition of a further academic career.

Another group of subsidiary academic functions was composed of Lecturers (*wykładowcy*) and Senior Lecturers (*starsi wykładowcy*). They did not have any formal obligation of engaging in research activity; their role was to conduct lectures and teach practical courses. They were drawn from two different groups. The first group consisted of Senior Lecturers – former Senior Assistant Professors (*starsi asystenci*) and Associate Professors (*adiunkci*) who did not manage to acquire doctoral and Doctor Habilitatus degrees, respectively, in the prescribed time limits (8 years for each degree). The second group of Senior Lecturers was comprised of practitioners who enriched academic programs with their professional experience and gave their lectures on a contractual basis. Some of these

practitioners were simultaneously preparing their doctoral or Doctor Habilitatus dissertations on an individual basis.

Autonomous scientific positions included a Docent (*docent*), requiring a Doctor Habilitatus degree, University Professor (*professor nadzwyczajny*) and Full Professor (*professor zwyczajny*). The positions of University Professor and Full Professor of a public academic institution always required corresponding scientific titles. They were granted by the decision of an institution's Senate by the recommendation of the Faculty Council concerned, after independent review by designated professors from other academic institutions.

Professor titles were granted by the State Council (collegial Head of State at that time, replaced in 1997 by the President of the Republic) at the recommendation of the Central Commission in charge of Scientific Degrees and Titles.

2. POLISH ACADEMIC AND HIGHER EDUCATION INSTITUTIONS AND THEIR SCIENTIFIC STAFF AFTER THE FALL OF THE COMMUNIST REGIME

2.1. Development of higher education institutions in a new political and economic context

The bloodless fall of the communist regime in Poland at the end of 1989 initiated a rapid development of higher education. Growth of the sector was due to objective demographic reasons, but also to growing demand of young people and their parents for a higher education diploma. Satisfying this demand was partly enabled by the opening of the legal possibility to create private institutions of higher education.

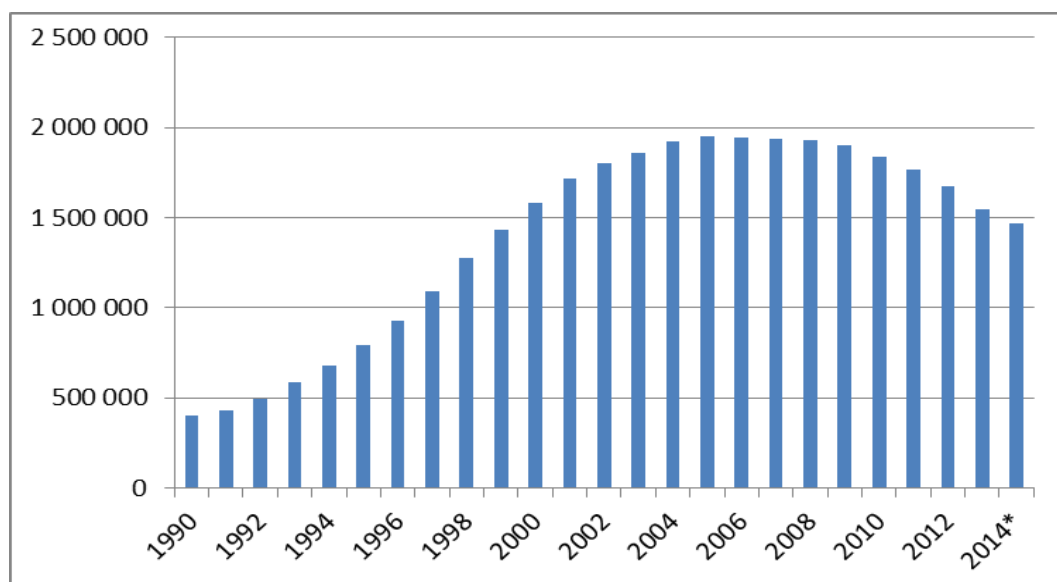
The restoration of a democratic system in 1990 was accompanied by a deep economic transformation, introducing and developing a liberal model of the national economy. Poland also entered the path of economic, social and political integration with the Western world in general, and the European Union in particular. During the first decade after the fall of the communist system, we could observe a superposition of several processes: a change of the political system, a progressive collapse of the socialist economy, and the development of a market economy.

These processes were accompanied by a demographic boom that engendered growing unemployment of young people, but also magnified the urgency for educated people to adapt themselves to the changing rules of a market economy. The generation of the post-war demographic explosion perceived higher education as a chance for improving their social status, as well as for a better placement on the employment market. Pursuing higher education was also perceived as a way to wait out the period of fundamental change in the economic system, with its inevitable rise in unemployment. But, most of all, higher education was providing a chance for strongly desired upward mobility, which was paradoxically very limited during the period of socialist “Polish People’s Republic”.

Enormous pressure on higher education was accompanied by a restriction of public spending. In this situation, the education of a drastically growing number of students was possible mainly through the creation of numerous private institutions of higher education. A solution adopted by the public institutions was to maintain and develop traditional, but henceforth tuition-based, part-time programs offered during the weekends (every two weekends). Private higher education institutions began to grow in number since 1991. In 2008, for the total number of 456 higher education institutions, there were 131 public universities and other public schools of higher education and 325 private higher education providers (data of the Main Statistical Office). The creation of new private higher education establishments was possible mainly thanks to the employment of scientific staff already working in public universities and other scientific research institutions. Of course, it was easier and faster to create a new higher education institution than to form new academic staff. Nevertheless, the number of academics was growing, too. In 1990, there were 61,000 academic staff in higher education institutions. Fifteen years later, in 2005, the peak year of the higher education boom, there were already almost 95,000. That number was steadily growing, reaching the peak of 100,151 academic staff in 2010. It is easy to perceive the consequences of this relatively slow development of academic staff for the quality of rapidly growing academic program. In 1990, 61,000 academic staff were teaching 400,000 students. In 2005, 95,000 academic staff were teaching almost 2,000,000 students. It was possible only because a number of academics were teaching simultaneously in several higher education institutions. Such a heavy teaching load could not leave them a lot of time for their research activities.

In fact, during the period from 1990 to 2008, the number of students almost quintupled, going from 404,000 to exactly 1,953,832.

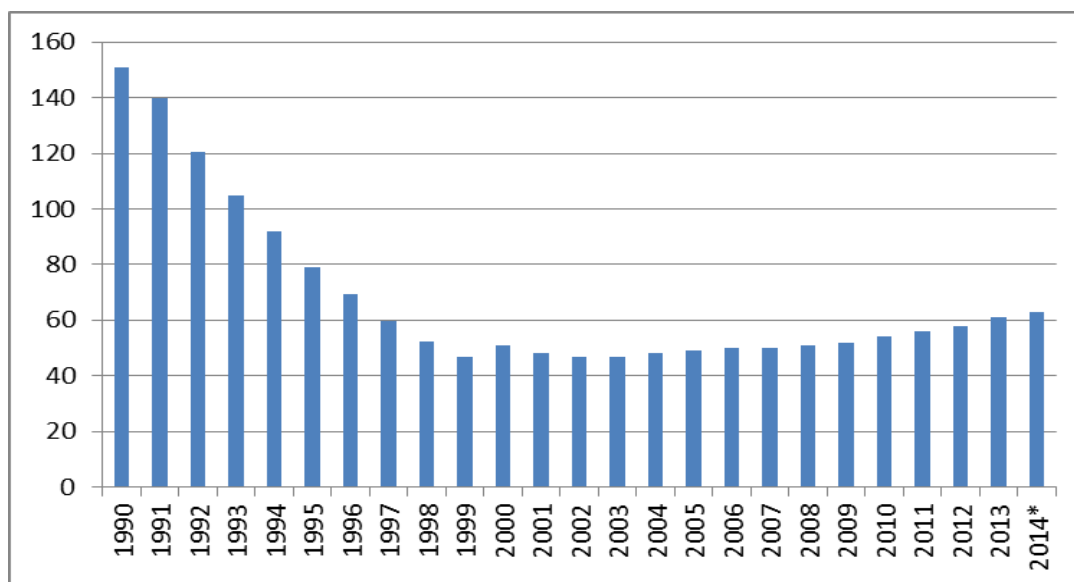
Table 1. Evolution of the number of students in Poland from 1990 to 2014



Source: Authors' own compilation based on the Main Statistical Office (MSO) yearbooks "Schools of Higher Education and their Finances"

Since 2005, the number of students has been diminishing, which is due mainly to a progressive demographic slowdown, but also to a decreasing popularity of higher education studies. A university diploma ceased to be considered a sure warrant for the future or a secure path to a motivating level of remuneration. In 2014, there were 1,469,386 students in Poland, taught by 93,133 academic staff. Since 2008, the number of academic staff per 1000 students has been systematically growing (cf. table 2). In 2002-2003, at the top of the educational boom, there were 47 academic staff per 1000 students. In 2014, there were already 63 per 1000 students. It should also be remembered, however, that in 1990 this indicator was 151 academic staff for 1000 students.

Table 2. Number of academic teachers for 1000 students



Source : Own compilation based on statistical annuals of the MSO "Schools of higher education and their finances"

In this situation, a lot of new schools of higher education sprung up rapidly in the private sector. Public academic institutions also started to develop tuition-based study programs designed mainly but not exclusively for working people. The public higher education institutions were motivated to develop these programs by the possibility of earning supplementary resources necessary for the development of their institutional capacities and for the remuneration of their academic staff. Tuition-based programs permitted them to maintain their academic staff in a competitive market of higher education institutions, and to have some supplementary, extra-budgetary resources for their institutional investments and maintenance. Another reason for public universities to offer tuition-based programs was that only they had a sufficient number of highly competent scientific staff required by law for the state authorisation to offer Master's level programs. Even until now, only very few private institutions of higher education fulfil these requirements and therefore few are authorised to offer Master's degree programs.

A rapidly growing number of mostly private higher education institutions was creating a growing demand for academic staff. Low level of public financing of public higher

education institutions (both for teaching and research), very heavy teaching loads for academic teachers and a progressive implementation of the Bologna Process have all strongly influenced the model and dynamics of scientific career development in Poland.

First of all, the high demand for academic staff has generated the development of a new form of doctoral studies. Earlier practice was based on individual guidance and promotion by a professor, generally the head of a chair, of their young assistants. Some external candidates working outside of the university were also promoted, but mainly among the former participants of the professor's Master's degree seminar. This preparation could take the form of formal doctoral degree seminars, but it was not compulsory and certain candidates were also guided by their scientific masters on an individual basis. The new system of formal doctoral studies, considered henceforth as the third level of formal higher education, was introduced in 2003⁸ as an outcrop of European integration. Even now, however, formal doctoral study programs are not considered a compulsory path to obtain a doctorate. Doctoral programs can only be offered by authorised higher education institutions fulfilling the legal requirements concerning the number of so called "autonomous academic staff" (Professors and Doctors *Habilitatus*).

The development of this third level of higher education programs had certain unexpected and dysfunctional consequences for the employment structure of higher education institutions authorised to conduct these programs. First, it has contributed to a drastic reduction of the number of Assistant Professors (*asystenci*) and Senior Assistant Professors (*starsi asystenci*), who were formerly at the base of the scientific hierarchy. Since the development of third level programs, the tasks of these junior academics can be fulfilled less expensively by the participants of doctoral programs, permitting institutions to reduce their personnel expenses budget. Secondly, the decrease in the number of junior positions leads institutions to maintain, on a contractual basis, a number of retired professors, who are necessary to fulfil the legal requirements for state authorisation to conduct the second level Master's degree and the third level doctoral studies. This phenomenon is particularly striking in the case of private higher education institutions, which do not have the same restrictions

⁸ Law of 13 March 2003 on scientific degrees and scientific title in arts modified by the Law of 18 March 2011 the Law on higher education, the Law on scientific degrees and scientific title in arts.

as public institutions concerning the employment of academic staff who have already attained the age of retirement (70 years of age for Professors).

2.2. The present system of academic careers in Polish scientific and higher education institutions

The present model of academic career development in Poland is complicated, formalistic and long. It has two parallel paths – the first is for scientific positions and the second for other posts and functions occupied in academic and research institutions.

The first path of academic advancement is based on acquiring successive scientific degrees of a Doctor and Doctor Habilitatus, which are granted by an authorised Faculty Council, and a title of Professor granted by the President of the Republic. Principles regulating the procedure of acquisition of scientific positions are contained in the Law on scientific degrees and the scientific title of 2003⁹. The two doctoral degrees and the Professor's title can be acquired by anybody who meets the criteria, and their acquisition is independent of the academic position of the person concerned. This Law defines the conditions that must be fulfilled by an academic unit in order to obtain the right to grant a specific scientific degree or title. The Law also specifies the conditions that must be fulfilled by a candidate in order to obtain a given degree. The majority (63%) of scientific staff in Poland attain full research autonomy (a Doctor Habilitatus degree) after the age of 45 (Prawelska-Skrzypek, Baran, 2010, p. 33). This model of scientific career development is incompatible with the models of the majority of other European countries. This concerns both the system of confirming the level of achieved scientific competencies and the system of professional promotion.

The formal prerogatives to grant scientific degrees are attributed to scientific units which are periodically appraised by the Central Commission for Scientific Degrees and Titles, an autonomous central administration body attached to the Prime Minister's Office. This Commission is composed of democratically elected academics who have the title of a Full Professor and had not attained the age of 70 by the day of their election. They are elected

⁹ Law of 14 March 2003 on scientific degrees and scientific title and on degrees and title in the domain of arts (with later modifications in 2005).

by Full Professors for a 4-year term. The candidates for this Commission are proposed by the scientific councils of institutions entitled to grant doctoral degrees (Official Journal of 22 December 2014, pos. 1852).

The number of fully employed persons with the required scientific position is conditioning the habilitation of particular scientific unit to conduct an educational program of a concrete profile and to attribute concrete scientific degrees (cf. tab. 3 below).

Table 3. Present conditions and capacities for attribution of scientific degrees and a professor title

Conditions :	Institutional capacity to confer degree or title	Capacity to obtain a degree or title	Capacities of the bearers of a degree or title
Doctoral degree	• Employment of at least 8 persons with the title of Professor or degree of Doctor Habilitatus in the concerned field; • 5 of these staff have degrees or titles in the specific scientific discipline of the subject of the doctorate.	• Master's degree diploma; • At least one significant scientific publication; • Submission of a doctoral thesis; • Successfully passed exams; • Positive external reviews of the thesis; • Successful public defence of the thesis.	• Capacity to supervise and to review Master's theses, to give lectures and to be an assistant director in doctoral studies.
Doctor Habilitatus degree	• Employment of minimum 12 persons with the title of Professor or degree of Doctor Habilitatus in the concerned field; • At least 5 of these staff have degrees or titles in the specific scientific discipline of the subject of the doctorate; • Scientific achievements in this field.	• Doctorate degree; • Significant scientific achievements after the doctorate, considered an important contribution for the development of a concrete scientific discipline; • Proved significant scientific activities.	• Capacity to supervise doctoral theses; • Capacity to be a reviewer in doctoral procedures and to be a council member in a habilitation procedure.
Professor title	The title of a Professor is conferred by the President of the Republic at the request of the Central Commission in charge of Scientific Grades and Titles, based on the recommendation of the	• Doctor Habilitatus degree; • Significant scientific accomplishments exceeding those required in a habilitation procedure; • Important teaching achievements including the	Capacity in: • Directing doctoral studies; • Reviewing doctoral theses as a member of a habilitating commission;

	Scientific Council of an institution able to grant Doctor Habilitatus degrees in the considered field.	development and promotion of scientific staff.	• Acting as reviewer in the procedure of attribution of a Professor's title; • Acting as a member of the Central Commission in charge of Grades and Titles.
--	--	--	--

Source: Elaboration based on the Law on the scientific degrees and scientific title and on the degrees and the title in the field of fine arts.

The first scientific degree is a Doctor (*doktor*), which can be granted to candidates who have first accomplished a second level of higher education studies, confirmed by the attribution of a professional title of a "Master" (*magister*), "Master – Engineer" (*magister inżynier*), "physician" (*doktor nauk medycznych*), etc. They have to prepare their thesis continuing their doctoral studies or, on an individual basis, under the guidance of their promoter having at least a Doctor Habilitatus degree. The process of their formal promotion begins only when the procedure of attribution of their doctoral degree is officially open, which can take place when the title and objectives of their thesis are accepted by the Faculty Council.

Necessary conditions to obtain a scientific doctoral degree are precisely determined in the Law on scientific degrees and scientific title and on degrees and title in the domain of fine arts (Law, 2003, art. 11-15). In Poland, the Doctor is a scientific degree confirming research competences related to a good mastery of the knowledge in a concrete scientific discipline and more particularly a good knowledge of its most recent achievements, as well as a good mastery of contemporary methods and tools of scientific research. It also confirms the person's capacity to define and solve scientific problems under the scientific guidance of their scientific tutor and to conduct research autonomously.

A doctoral degree normally does not guarantee the status of scientific autonomy and full rights of an academic teacher. In principle, most scientific and teaching capacities, as well as the capacity to fulfil certain academic duties and functions, are not accessible for a simple doctor. Some of these capacities require the acceptance of the scientific council of the entity authorised to conduct the program. It concerns, for instance, the authorisation to deliver lectures and conduct Master's degree seminars, to tutor and review Master's degree theses. Recognition of the role of academic teacher with doctor degree in realisation of learning programs appears in the fact, that the entitlements of higher education institutions

to conduct the study programs are conditioned by the employment of an appropriate number of persons with a doctoral degree having scientific achievements in the specified field of knowledge and scientific discipline. However, the recent modifications in the legislative framework have authorised doctors to hold a function of an assistant director in the doctorate procedures as well.

The next scientific degree is a Doctor Habilitatus (Assistant Professor). It confirms full research autonomy and can only be obtained by a person with a doctoral degree. The possession of this degree gives a number of scientific authorisations, including autonomous conducting of research teams, lectures, Master's degree seminars and oversight of Master's theses. The holders of a Doctor Habilitatus degree are taken into account in the staff minima required for conducting a given study program by the school and also for the entitlement to confer scientific degrees of a Doctor and Doctor Habilitatus. They can autonomously promote new doctors, write opinions in doctoral procedures conducted by other scientists and be members and reviewers of habilitating commissions. A Doctor Habilitatus can also be authorised by the senate of his school to occupy a position of a University Professor. Moreover, the possession of the capacity to attribute Doctor Habilitatus degrees is a condition of the possibility to conduct third degree – doctoral studies and to participate in the procedure of attribution of Professor's titles.

A Professor's title confirms the highest scientific competencies of its holder. This title is conferred by the President of the Republic on the request of the Central Commission for Grades and Titles based on the opinion of an authorised Scientific Council of an academy or other scientific institution. According to the data of the Centre of Information Treatment (a state-controlled institution), in 2009 the total number of Full Professors in Poland was 14,088. However, 44% of that number were over 70 years old. In the case of public schools of higher education it means that they cannot occupy any hierarchic functions or participate in the votes of their collective decision-making bodies (Prawelska-Skrzypek, Baran, 2010, p. 35). The restrictions concerning the age limits are not applied in private higher education institutions, which are currently employing professors retired from public sector institutions and conferring them with hierarchic functions of Deans or heads of institutes and chairs.

The possession of a particular scientific degree opens access to a concrete position in an academic or research institution. The positions of an Assistant Professor and Senior

Assistant Professor require a Master's degree. The position of an *adiunkt* requires at least a doctoral degree and the positions of a University Professor and Full Professor require at least a Doctor Habilitatus degree. A Doctor Habilitatus degree also opens the way to concrete academic functions in academic or scientific institutions. It concerns the functions of the head of department, head of chair, head of institute, faculty Dean and Vice-Dean, Vice-Rector and Rector of an university or other higher education institution.

2.3. The dynamics of scientific careers development from 1990

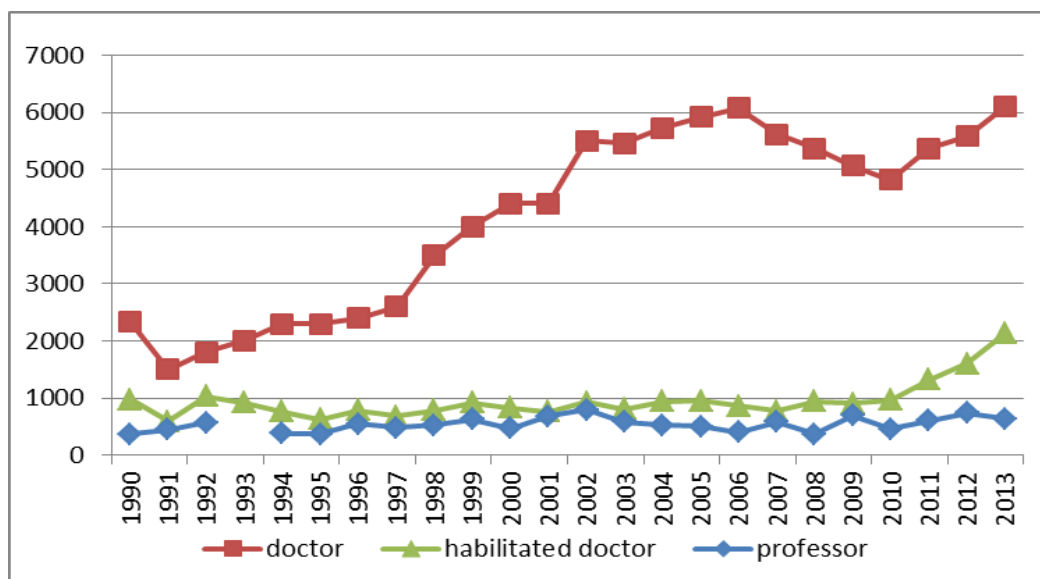
Observing the dynamics of the evolution of scientific careers based on the acquisition of successive degrees during last 23 years one may notice that this model, based on lengthy acquisition of successive steps, has difficulties adapting to the dynamic changes in the modern environment. Yet, in the contemporary knowledge-based society, the ability to adapt to changes is a necessity in modern academic careers (Santiago, Kis, 2008, pp. 137, 140). However, in Poland such an opinion rarely appears in the discussions concerning the academic careers model. Actually, these discussions focus mainly on the conditions of acquisition of respective degrees and on the number of persons who are obtaining successive scientific aptitudes.

Up to 1992, a normal proportion between the number of persons acquiring successive scientific degrees has existed. The divergences between the number and dynamics of acquisition of the degrees of a Doctor and Doctor Habilitatus were justified by greater requirements related to the acquisition of a Doctor Habilitatus degree and Professor's title. Starting from 1992, these proportions have been strongly disturbed, leading to a breakdown in the harmonious development of scientific careers. This situation was continuing up to 2007, when the degree of a Doctor Habilitatus has been received by 771 persons only. An accelerated increase of the number of attributions of this degree occurred in 2011 in connection with new habilitation criteria. In 2013, the degree of a Doctor Habilitatus has been received by 2122 persons. Curiously, a stronger dynamics of development of scientific careers was more noticeable in the case of academic teachers than among the scientific staff of research institutions, who did not have as much teaching duties. During the period of 1990 – 2004, an average of only 120 persons from outside of academia were receiving this degree, representing only 14% of the awarded degrees. However, starting from 2005 this number has been growing significantly to an average of 265 in the years 2005-2010 and to 466 in the

period from 2011 to 2013. The share of these degrees awarded during this period to the persons outside of academia has grown to an average of 29% of the awarded total. It means that twice as many degrees were awarded than between 1990 and 2004. It also means that at the same time there has been a sharp decrease of the percentage of Doctor Habilitatus degrees attributed to academic teachers, causing a significant slowdown in the dynamics of careers development in the academic milieu.

This breakdown in the dynamics of academic careers evolution was also perceptible in the number of Professor titles attributed by the President of the Republic. Up to 2004, the number of these nominations represented an average of 65 % of the total number of awarded Assistant Professor positions. Strongly simplifying, we can consider that during this period about 65 % of the holders of a Doctor Habilitatus degree were receiving a Professor's title. Starting from 2005, the number of Professor's titles in relation to the number of Doctor Habilitatus degrees has significantly decreased (about 14%). During the 2005-2013 period, the number of Professor's titles granted yearly represented only 51% of attributed Doctor Habilitatus degrees. Between 2006 and 2012, a certain slowdown of the dynamics of attribution of doctoral degrees has also been noted. However, generally speaking, the number of attributed doctoral degrees is dynamically increasing, giving the impression that academic activity is increasingly focused on this level of scientific staff (table 3). It seems that from then on the doctors are the hope of the future development of the scientific research and scientific careers in Poland.

Table 4. Evolution of the number of scientific degrees of a Doctor and Doctor Habilitatus as well as Professor titles in the years 1990 – 2013



Source: Personal elaboration based on the statistical yearbooks of the Main Statistical Office (MSO), "Schools of higher education and their finances"

2.4. Characteristics of doctoral studies in Poland

There are two ways to obtain a doctoral degree in Poland. The first, a traditional one, is based on the work of the personnel under the supervision of a scientific director, a head of a chair, who should have at least a Doctor Habilitatus degree. The new one is based on organised doctoral studies. It has started to develop strongly in the second half of the nineties of the twentieth century, but its origins reach the sixties, when organised doctoral studies were conducted exclusively by the units of the Polish Academy of Sciences. This system is based on doctoral studies, currently considered as the third level of higher education. It implies not only personal research activities and the obligation to participate in doctoral seminars, but also the obligation to conduct different teaching activities of the faculty – courses, practical exercises and exams. In this way, the participants are supplying or even practically replacing permanent junior faculty staff (Assistant Professors and Senior Assistant Professors). The doctoral students are conducting their personal research under the supervision of the scientific director (promoter) of their doctoral thesis. When the thesis is sufficiently advanced, their scientific director (promoter) proposes to the Faculty Council to officially commence a formal doctoral procedure. When the thesis is approved by the promoter and has received a positive opinion of two reviewers designated by the Faculty

Council, the candidate publicly presents and defends it before the Faculty Council, which officially attributes the degree. Within special doctoral studies programs, both the formal opening of a doctoral procedure and the admission to present and defend the thesis are conditioned by the obtaining of satisfactory results of obligatory courses and practices.

Accredited higher education institutions constitute the main training environment for young scientists. According to the data presented by the Team in charge of the Formation of Doctoral Students (2009), for a total number of 5616 scientific degrees attributed in 2007, 4974 were delivered by public schools of higher education, 253 – by private academic institutions, 200 – by research and development institutions and 192 by the research units of the Polish Academy of Sciences (Prawelska-Skrzypek, Baran, 2010, p. 36).

At the beginning of the period of political transformation, the number of doctoral students has been reduced from 5844 in 1980 to 2695 in the 1990/91 academic year. However, the following years brought a quick increase of the number of doctoral candidates and in 2008 it reached 32,494. However, the increase of the number of participants of doctoral studies did not entail a direct, analogous increase of the number of the bearers of a doctoral degree (cf. Table 3). Actually, a number of doctoral students does not commence the formal procedure described above, is not conducting research and is not writing a doctoral thesis. It is obvious that for the successful achievement of this procedure, the personal motivation of the participant who has undertaken this type of studies should play the key role. But an inquiry conducted in 2009 shows that in practice the motivations to undertake doctoral studies vary. Based on their inquiry, A. Klama and others ascertain that it was a need of self-realisation which has constituted their dominant motivation (Klama and others, 2010, pp. 159-161). Doctoral studies were also oftentimes considered as an opportunity to rise professional qualifications and/or a means of expected increase of personal prestige through a higher social status. However, almost 20% of the respondents chose these studies because they did not have another idea for a different career path or they just did not want to start being professionally active yet. From a different perspective, J. Bugaj and Z. Litwin (2010, pp. 179-180) stated that the main reason to undertake doctoral studies is the interest of the doctoral students in scientific research and the realisation of their passion. But, at the same time, 16% of the investigated persons have admitted that they chose doctoral studies by accident or while waiting for the improvement of the situation on the employment market.

The special doctoral programs can be conducted by research units authorised to confer a Doctor Habilitatus degree. In case of higher education institutions, in view to obtain this authorisation they should have a formal attribution of at least two capacities to confer doctoral degrees in different disciplines of a scientific branch and be authorised to conduct Master's degree programs of the studies corresponding to this authorisation. Doctoral studies can also be conducted jointly with other academic and/or research institutions whose quality of education was evaluated and recognised by the Polish Accreditation Commission when it comes to institutional appraisal.

Doctoral studies are financed mainly by the state budget through subsidises for intramural unpaid doctoral studies. Financial assistance for doctoral students is funded separately. Many academic institutions have built their own scholarship systems for certain specific categories of doctoral students, which are financed by their own resources, from donations and from the foundations collecting resources for this aim. Another source of funds is the financing of projects realised in the process of preparation of doctoral theses. Moreover, a number of regional and local self-governments finances scholarships and innovative research projects conducted within doctoral studies (Prawelska-Skrzypek, Baran, 2010, p. 38-39).

There are also special, centrally managed programs financed by the European Union and the state budget dedicated to young scientists working to obtain a doctoral degree, aimed at sustaining their mobility and international cooperation as well as at the preparation and implementation of individual and collective research projects. Doctoral studies were recognised by the Lisbon Protocol as one of the key factors supporting the development of modern European economy and one of the keys to building a knowledge-based society and economy.

2.5. Acquisition of a Doctor Habilitatus degree and Professor's title

During the last decade, the rules regulating this issue have been evolving and underwent several modifications¹⁰, especially those related to the attribution of a Doctor Habilitatus degree. The most important differences concerning this procedure are related to the introduction of centralised control over the process of awarding this degree, the requirements concerning the scientific achievements of the candidates and their role in the procedure.

Earlier, this procedure was almost entirely in the hands of the Faculty Council, which made the decisions concerning the official opening of the habilitation procedure, the designation of reviewers, the admission of the candidate to the oral presentation of his scientific contribution, the assessment of this presentation and the awarding of the degree. The positive decision was transmitted for approval to the Central Commission for Grades and Titles attached to the Prime Minister's Office¹¹.

The new regulations uphold the rule that the Faculty Council is the one reaching the final decision concerning the awarding of this degree, but the leading role in the procedure is now played by the Central Commission, which receives the candidate's formal request to officially open the habilitation procedure first. This request is presented with the candidate's written auto-presentation and other required documents including his doctoral diploma. After their formal verification, this request is transmitted to the Faculty Council indicated by the candidate. This stronger centralisation of control over the habilitation process is also reflected in the quantitative reinforcement of the team of reviewers evaluating the scientific achievements and other required documents presented by the candidate. On that basis, the

¹⁰ These rules are based on the general principles defined by the Law on scientific degrees and scientific title and on degrees and title in the domain of arts, modified several times (almost every year) from 2003. Their precedent version, contained in the Regulation of the Minister of Education and Sport of 15 January 2004 on the detailed mode and conditions of activities undertaken in doctoral and habilitation procedures as well as in the procedure of attribution of a Professor's title (O.J. Nb. 65 pos. 595) has been modified next year. Their last version is contained in the Regulation of the Minister of Science and Higher Education of 14 October 2014, on the detailed mode and conditions of activities undertaken in doctoral and habilitation procedures (O.J. 2014, pos. 1383).

¹¹ This Commission is comprised of persons holding a Professor's title representing all formally recognised scientific disciplines. They are elected by the councils of the faculties habilitated to confer a doctoral degree. This Commission is divided into sub-commissions representing different disciplines and disposes of its own Bureau.

Central Commission expresses its decisive opinion confirming or not confirming the decision of the Faculty Council concerning the attribution of the degree.

Earlier, the team of reviewers was comprised of four persons, two of them designated by the Faculty Council in concern and the remaining two by the Central Commission. In the new procedure, it is the Central Commission that appoints four members of a Habilitating Commission comprised of renowned specialists, including at least two internationally renowned specialists who cannot be staff members of the institution awarding the degree. One of them is designated as the President and two others as reviewers of the presented documents. Three remaining members of the Habilitating Commission represent the institution awarding the degree. They also should be internationally renowned specialists. One of them serves as the Commission's secretary and another one fulfils the role of a third reviewer. The reviewers evaluate the received documents, verifying whether they fulfil the required criteria, and prepare their opinions, which are presented to the members of the Commission. On the basis of the reviewers' opinion and personal evaluation of the written auto-presentation, the Commission votes a joint opinion to award the degree or not. On the basis of this opinion, the Faculty Council votes about the decision to grant or to reject the motion of the candidate. This decision is published on an Internet page along with the author's auto-presentation, the list of the Commission members, the schedule of the proceedings and the vote of the Council along with its justification.

The essential difference between the former habilitation procedure and the present one lies in the fact that in the new procedure the candidate for the degree does not participate in it personally. In the former procedure, the candidate presented orally a "habilitating lecture" containing the main assumptions and findings of the submitted scientific work before the Faculty Council and the members of the Habilitating Commission. It was a good opportunity to ascertain not only the quality of the candidate's thesis and his or her capacity to present it in writing in a manner that would be correct from the formal point of view, but also his or her capacity to present, explain and defend his or her scientific opinions orally before a highly competent public. It was an excellent opportunity to verify his or her teaching capacities in stressful circumstances, which are very important for every highly competent academic. This capacity is considered fundamental in the French procedure of *aggregation*, for instance, which is equivalent to the Polish habilitation. The reasons and justification for

this innovation introduced in the habilitation procedure are unknown and difficult to understand for the authors of this study.

A Professor's title is conferred by the President of the Republic upon the motion of the aforementioned Central Commission for Grades and Titles. In principle, it can be conferred only to a person with a Doctor Habilitatus degree, but on the request of a Council of a faculty authorised to confer a Doctor Habilitatus degree, it can be also exceptionally awarded to a holder of a doctoral degree who has exceptional scientific achievements. Generally speaking, a Professor's title can be conferred to the person who :

- 1) has scientific achievements exceeding the requirements of a habilitation procedure;
- 2) has experience of leading teams performing research projects financed through a national or international competitive selection;
- 3) has successful experience in scientific tutoring and has participated as a promoter or assistant promoter in doctoral procedures including at least once as a promoter and at least twice as a reviewer in a doctoral or habilitation process;
- 4) has participated in scientific internships and has conducted research works in national and foreign scientific institutions.

The performance of exceptional technological and construction projects is also considered as scientific achievements in this case.

The procedure for obtaining a Professor's title is initiated by the Dean of the faculty on the motion of the person concerned. The faculty Council transmits to the Central Commission a list of at least ten candidates proposed as reviewers in this process. From this list, the Central Commission selects five persons. The proposed candidates cannot be employed in the same faculty institution. There are detailed requirements concerning the reviewers. They should have a Professor's title in the same scientific discipline or a related one. In the case of foreign scientist, they can be holders of a doctoral degree, but they should have significant scientific achievements, at least five years of experience as head of an autonomous research team and have promoted at least two doctors.

The faculty Council is voting about the approval of the reviewers' conclusions and transmits its resolution with all the related documents to the Central Commission, which also votes about whether this proposal can be transmitted for the conferment of the Professor's title by the President of the Republic or not.

3. CHALLENGES AND PROSPECTS OF FURTHER DEVELOPMENT OF POST-GRADUATE STUDIES AND SCIENTIFIC CAREERS DEVELOPMENT IN POLAND

3.1. Recent trends of development of post-graduate studies and of the careers of their graduates

In the process of striving for competitiveness in Europe, a particular role is attributed to the graduates of doctoral studies able and wanting to undertake academic and professional careers (Krasniewski, 2009). According to the inquiries conducted by the DOC-CAREERS PROJECT, in contemporary Europe about 50% of people with scientific degrees are working outside the academic sector, both at research and non-research positions (Borrell-Damian, 2009, pp. 102-103). Whereas in Poland until now a significant majority – about 80% of young graduates of doctoral studies – continue their scientific careers (Prawelska-Skrzypek, Baran, 2010, p. 42). Generally they hold positions in the same academic or research institutions where they have obtained their degrees (Batorski, Bojanowski, Czerniawska, 2009).

Precise data on non-academic careers of the people with scientific degrees, including the increasing numbers of graduates of doctoral studies, is not available yet. However, the inquiries conducted in 2010 by the team of participants of Jagiellonian University doctoral studies, has proven that in southern Poland as much as 95% of the doctors are employed in public academic institutions. An analysis of 13 portals collecting jobs offers, interviews in the biggest HR firms and in the public employment agencies also exhibited a lack of interest in people with a doctoral degree on the employment market (Calek et al., 2011, pp. 179-183). A greater interest in doctors has only been noted in the IT sector and in chemical enterprises. There were also very few single offers from financial institutions, the energy and construction industry and the marketing and aviation industry. These surveys, as well as an earlier one published by G. Prawelska-Skrzypek and G. Baran (2010), prove the necessity of the

intensification of communication between the academic institutions, which are preparing future professional researchers, and the non-academic labour market, as well as the need for increased opportunities to pursue scientific careers outside the academic environment. Currently, employers are increasingly searching for information about the latest scientific achievements, but their idea about the competences of doctoral studies graduates is generally stereotyped and critical – just like the perception of the economic sector held by the scientists.

3.2. Prospects of further development of post-graduate studies and scientific careers development in Poland

Higher education in Poland is presently facing several important challenges. The first one is caused by a drastic demographic slowdown inducing a significant drop of the numbers of potential candidates for higher education studies. The second one concerns the consequences of economic and financial difficulties leading to the restrictions on the employment market and growing unemployment of higher education graduates. Both factors create a general situation of strong competition among different branches and domains of higher education as well as between its different institutions.

In this context, the importance of the quality of higher education programs and their adequacy to market needs is growing constantly. Also the costs of studying begin to be perceived differently, as a higher education diploma no longer holds a promise of a better chance of finding employment. In this situation, the “value for money” of higher education studies is perceived differently. On one hand, the candidates prefer studies in public higher education institutions that are free of charge, as well as certain low cost programs co-financed by projects with European or other foreign partners. On the other hand, they are trying to choose the programs that are seen as promising a better opportunity to find employment.

This relatively new situation is pushing higher education institutions to create and offer more original and fashionable programs. Some offer narrowly specialized and job-oriented programs in a specific field, but what is currently much more trendy are specialized but multidisciplinary programs composed of elements belonging to different equally considered disciplines. The latter form of program can be organized jointly by several faculties of the same academic institution or even together with other autonomous and independent institutions forming a network. Such is the case of the “Arts Liberales” Academy, which federates 8 biggest Polish universities. Starting from the 2000/2001

academic year, it offers a common interdisciplinary doctorate program of human, social and economic sciences. This program is delivered in the form of intensive sessions, organized twice a year at the different member universities (cf. www.aal.edu.pl/node/18). There are many other interdisciplinary doctoral studies programs that are also being organized within different individual universities. These new programs are trying to fit the needs of the potential employment market more closely than traditional programs addressing formally defined, particular fields of education.

A new challenge in this domain is the necessity to revise and adapt the concept and presentation of higher education programs in conformity to the requirements of the National Qualifications Framework. It was recently introduced into the Polish system of higher education by an amendment of the Law regulating higher education (18.03.2011). Conceived in accordance with the European Qualification Framework, formulated as an important tool of implementation of the Bologna process recommendations, it is being progressively implemented.

These challenges also create a new opportunity for the modernization and improvement of the existing programs. In Poland they are – as for now – generally obsolete and inadequate to the present needs as well as and not adapted to European standards. However, the Bologna declaration, distinguishing three levels of higher education, doesn't make much sense if each level does not have its own finality and is not offering any prospects for a rational insertion into a corresponding level and domain of professional life. Therefore, the curriculum of each program and teaching method should be adapted to a mission statement describing the professional profiles of its graduates. A lack of specific mission statements for autonomous Bachelor's and Master's degree programs, as well as for postgraduate doctoral programs, can have some negative consequences for the prospects of their further development in the context of the increasingly competitive market of higher education services in Poland.

The Bachelor's degree program should not be considered as only the first stage of education in preparation for a Master's degree. In conformity to the Bologna strategy, it should be viewed as an autonomous program preparing directly for professional live. Otherwise, it contributes to the maintaining of the archaic traditional conviction that only an

uniform five-year Master's degree program can be considered as true higher education¹². Therefore, it seems necessary to formulate the mission of each program more precisely and concretely, indicating also the professional profiles of the program graduates. It could facilitate the improvement of the programs' curricula and the specialisation and teaching methods, adapting them to their missions and objectives.

FINAL CONCLUSIONS

The present model of scientific careers in Poland constitutes a permanent subject of very heated debates in the national academic milieu. It was also criticised in the OCDE report (Fulton et al., 2008). It has been slightly modified in the recent years, but the objection that it is mainly oriented towards the acquisition of new scientific grades remains valid. Taking into account that acquiring the successive steps of the scientific career is conditioned by a positive opinion on someone's scientific achievements, expressed mainly by much older and prominent colleagues, it can draw more critical opinions and inspire creative courage. According to J. Wieczorek, it generates attitudes of conformity and opportunism (Wieczorek, 2008, p. 90). R. Tadeusiewicz writes that *„in the course for a scientific career, measured with the chainlet of successively obtained degrees, positions and scientific titles, ambitious and scientifically important themes are abandoned in view to reserve time and talent exclusively for “dissertable” themes, which means in everyday practice the subjects well appreciated by the prominent representatives of different opinion making bodies”*.

Following the recommendations of the European Charter for Researchers, this model should be replaced by a model of personal achievements oriented towards an increased progress of science. Until now, insufficient stress was placed in Poland on the international dimension of scientific careers, on national and international mobility and on the dissemination of our scientific achievements abroad. Participation in interdisciplinary research teams is also insufficiently taken into account. Despite the fact that the new

¹² It is no coincidence that Law faculties are categorically rejecting any propositions to introduce a Bachelor's degree program and recognize the possibility of any judicial profession or position for people with an undergraduate Bachelor's level of legal studies - despite the fact that it is common practice in all developed democratic countries.

regulations recognise the role of contributions made thanks to interdisciplinary and inter-institutional teamwork, in Poland collective publications are still often considered as the less worthy effect of scientific activity.

The change of the context of academic careers development in Poland after the political turnover of 1990, and especially the massive growth of higher education, entailed a significant decrease of financial resources for scientific research at the beginning of this process. On the other hand, it also caused Poland to be much open for relations with the external scientific world, even though at the beginning it did not change much in the Polish model of academic careers. However, a rapid development of international scientific cooperation has progressively exhibited the difficulties related to the characteristics of the Polish career path. It became obvious that the existing long, rigid and bureaucratically over-formalised career system was blocking innovation and recognition of individual scientific achievements.

The first attempts at modifying this system were undertaken as soon as the beginning of the nineties of the twentieth century. Changes have been introduced slowly, but steadily and this process is still under way. However, no fundamental change has been brought about yet. The experience of mass education in academic institutions, and more particularly the difficulties in ensuring education quality in numerous commercially oriented schools of higher education, has influenced this process and the manner of implementation of changes in the scientific careers. It has generated a big distrust and carefulness about the process of broadening the access to entitlements related to a scientific career. Negative experiences connected to unlimited access to higher education have contributed to a stiff understanding of the essence and meaning of a scientific career, as well as of its principles of access and promotion. It has also generated strong tensions, because in contemporary society the expectations towards science and scientists are largely transcending the walls of academy.

Nevertheless, generally speaking, the conditions of scientific activities during the last few years have been changing both significantly and positively. First of all, the resources devoted to research activities, still considered insufficient by the academic milieu, are significantly growing. At the same time, a drop in the number of students, due mainly to a sizeable decrease in the population because of demographic reasons, has permitted to devote more attention to research activities. In this new context, the researchers are obliged to open

themselves to the development of their academic careers to face global social and economic challenges.

These challenges require a new approach to the development of both scientific research and higher education organisation. Until now, the dominant trend was the separate development of different traditional scientific disciplines. This model is based on the principle of one pivotal scientific domain for each higher education program, divided into its different specialised sub-disciplines and fields of practical application. Other domains of science were (and generally still are, in the majority of programs) considered as autonomous but supporting, complementary and subsidiary matters.

One of the most important and urgent requirements of modern developments in this domain is an interdisciplinary approach. This approach requires the necessity to take into consideration the intersections and mutual influences between two or more aspects or phenomena, which were hitherto analysed separately by different disciplines. This new approach was already much more practiced and advanced in Poland earlier in so called “exact and natural sciences”, but not yet in different fields of human and social sciences. Each of these last branches has developed its own terminology and different sets of concepts, sometimes leading to misunderstandings caused by using wrongly interpreted notions and concepts borrowed from other disciplines. This problem is aggravated in Poland by the fact that these concepts and terminology can have their origins not necessarily in the literature written in English, but also in other different foreign languages, depending on personal linguistic capacities and foreign experiences of the person concerned. It sometimes happens, especially in the field of judicial, social and political sciences, that the same term can have a different conceptual meaning in a different scientific discipline, in different European countries, in their various legal frameworks and in their different languages.

Moreover, in Poland, the current scientific career paths outside of the academic institutions, or at least in close relation with their economic and social environment, are still rare and generally not well thought of in academic milieu. Meanwhile, the dynamically developing economy is entering into the innovative phase of development, where the demand for the involvement of open-minded and creative scientific researchers is growing. It seems that this gap should be filled mainly by the young graduates of doctoral studies. It is important to look for the talented ones and to entitle them to autonomously manage research teams.

Therefore, the formal requirements, as well as very long and complicated procedures, should not stand in the way of their activity in this field.

The quality and autonomy of higher education programs depends on two main factors. In the first place it depends on the autonomy of their roots and their background in scientific research. Therefore, we are of the opinion that each degree program should have its distinctive institutional framework, based on a faculty nucleus composed of the academic staff that really feels attached to it. They should be able, motivated and empowered by the school authorities to create, implement, follow and assess the strategy and planning of constant development of their programs. This strategy should be aimed at quality improvement and the effectiveness of the learning process as well as a constant adaptation of the program contents to the changing needs of the employment market, which should also include the needs of academic, research and R&D institutions. Therefore, this strategy should also contain the development of their research activities linked and interacting with the learning process. This research should be more empirically oriented, focused on problem solving and more interdisciplinary. It should also involve the students preparing their working papers and final theses. Preferably it should be organized as a networking system with other national, foreign or international institutions.

Unfortunately, until the present very few Polish higher education and/or scientific research institutions have been conducting their educational and research activities based on an interdisciplinary approach. Moreover, in 2011 the Minister of Science and Higher Education has adopted the regulation “on knowledge areas, domains of science as well as scientific and arts disciplines” (O.J. 2011/179/1065), which has rigidified the existing classification of scientific disciplines and corresponding study programs. This regulation distinguishes 8 main areas of knowledge, comprised of a certain number of domains of science and arts (from 1 to 4), each of the latter being composed of a certain number of scientific disciplines (from 0 to 22). This formal attribution of these disciplines and corresponding study programs to different domains and areas of knowledge is often arbitrary and seems to reflect mainly the initiatives of certain traditional academic milieus protecting their existing scientific and pedagogical potentialities. For instance, the discipline of Administrative Sciences is curiously classified in the domain of Legal Sciences, together with Law and Canon Law, which seems to be in evident contradiction with its pluralistic name. Moreover, the Public Administration programs are officially classified in the group of

Legal Sciences, which does not include Management, curiously classified simultaneously in 2 different domains – namely in Social and Human Sciences. In consequence, corresponding quality assessment teams of the National Accreditation Commission that verify the PA program do not generally employ any economists or specialists in management, but they certainly do employ lawyers, who can formally even be Canon Law specialists. This also concerns the profiles of the specialists participating in the evaluation of doctoral theses or in the Doctor Habilitatus degree attribution in this discipline.

In this situation, the real implementation of the National Qualification Framework (NQF) and its philosophy is not easy and will take a long time. It is unable to rapidly and drastically improve the quality and modernize all presently existing programs, which for the most part still remain rather mono-disciplinary and delivered using mainly traditional teaching tools based on passive reception and orally transmitted knowledge.

The second factor influencing the relatively low quality level of most higher education programs in Poland has its social, economic and financial origins. Actually, it is virtually impossible to ensure a high quality of university level education, almost unlimited access to higher education studies and relatively high salaries of the academic staff at the same time. Open access to higher education for everybody who wants to study is possible in liberal democracies where the paid higher education studies permit to ensure that the demand is generating offer. Unfortunately, in the situation when the secondary schools are not very selective, the level of candidates for higher education studies is also very low and most private higher education institutions, if they want to earn money, are obliged to accept all candidates who are able and want to pay. In consequence, it requires a big number of relatively poorly remunerated teaching staff. The relatively low remuneration of the teaching staff in Poland as compared to other European countries has two effects. Firstly, those who want to and can find better paid jobs don't want to choose an academic career (at least on a full-time basis) and others who do not have this possibility seek to work for more than one higher education institution or take overtime teaching hours during the weekends for part-time programs and/or take some extra jobs in other private institutions. It is obvious that in these conditions it is difficult to ensure a satisfactory level of higher education studies and a dynamic development of research activities.

As a conclusion of this paper, it seems interesting to present one of the recent critical opinions concerning the present situation of higher education and scientific research in Poland, recently formulated and discussed in the Polish press. Karol Modzelewski, a Professor of history and an eminent representative of the older generation of Polish scientists, has noticed that the principles governing the contemporary Polish higher education and science *“are the products of the reforms conducted on the base of a simple imitation of ready-to-use models taken from the EU”*. He criticizes the *“extremely detailed and developed reporting system”* concerning the teaching activities, as well as the new principles and procedures of financing and clearing of spending for research activities required by the ministerial authorities. He underlines that, taking into account *“a market effects”* can be justified for applied research, but *“is an absurd in the case of fundamental research activities, especially in the field of social sciences, which are producing their effects in the field of culture and social self-consciousness, but not on the market”*.

He also denounces the *“abandon of long-term financing for the ministerial open competition for grants based on the Anglo-Saxon model”*. He considers that the measurement based on an index of quotations of Polish scientist in scientific journals mainly in English, contained in the international data bases, reflects *“an inconsiderate confidence for quantitative evaluation objectivity of the scientific activity”*. He considers the assumption that these rankings are objective as *“a methodological absurdity”*, because it is independent of any evaluation and based on a simple calculation. To him, *“the conviction that the quantity of quotations can be used as a criterion of the quality of a publication comes from a technocratic vision of the world”*. He pertinently points out that a scientific book or article can be quoted for different reasons, which sometimes have nothing to do with a positive opinion of the quoting person concerning the quality of the quoted publication. He also signals that publications in English, considered as the data base in the rankings of quotations, *“leave Polish human sciences on the margins”* because the authors publishing in these publications do not know Polish and for this reason are not reading and quoting works published in this language. He adds that *“[t]he ministerial appeals to write in English are tacitly suggesting that these publications should be written for rankings rather than for nationals”*. Finally, he concludes that *“the mission of human sciences is not a rankings show, but communication with the educated public of the country”* because anyway *“the best of our publications will be translated and published abroad”*. He also denounces the passive

reception of motivations and problems dominating the research in Western countries, which can't be considered as the way to international successes of Polish scientists because *"the scientific international community appreciates originality more than receptivity"*.

He also criticises another recently adopted criterion for the evaluation of Polish scientists, which is the number of grants obtained for research projects. He considers that this market stimulator is particularly harmful and demoralising for young researchers, because *"they should rather write original papers instead of bloated requests for European or national bureaucracy"*. He thinks that the preferences of the grant givers should have no influence on the choice of research problems and creative sense of the researchers. In his opinion, *"[i]n the name of market parameters and stimulators, the higher education authorities in fact deprived the universities and scientific research institutions of the attributes of their autonomy, submitting them to paltry control and interference, thus creating a new kind of liberal-democratic centralistic system of science and higher education organisation"*.

Finally, he considers that the common guiding principle of the changes introduced in these fields *"seems to be based on a general mistrust"*. Actually, in the name of the protection of the public interest, it seemed necessary to equip the public administration authorities (including also a number of people with scientific titles) with financial and para-market instruments of control and tender procedures which should ensure the infallibility of their decisions. He pessimistically concludes that in this situation *"[t]he autonomy of higher education institutions and the freedom of science may remain a noble relic of the past"* (Modzelewski, 2015).

The authors of the present paper do not entirely share this very pessimistic opinion. However, they also consider that it reflects another important problem related to the introduction of common European standards in different countries with different traditions and different models of organisation and functioning of their scientific research and higher education institutions. It concerns not as much the way of reception of these standards in their different legal frameworks, but first of all the problem of their interpretation and implementation in practice. The implementation of these standards in Poland is certainly too formal and superficial. It contributes mainly to the promotion and financing of research projects that are formally correct, but not very important from the scientific point of view and

not really interesting, with European funds. This often happens to the detriment of more serious and important programs requiring longer term scientific activities of solid interdisciplinary teams composed of young enthusiastic researchers under the guidance of their older and more experienced colleagues.

EXECUTIVE SUMMARY

The paper begins with a short introductory presentation of the main turning points of the history of higher education institutions, starting from the creation of the first Polish university in the XIV century up to end of communist system.

The following part presents the evolution of the institutional and legal framework of Polish higher education and research institutions. First, it presents the quantitative and qualitative development of these institutions and of their academic staff during the 25 years of the post-communist period. Then, the current legal and institutional framework of Polish academic and research institutions as well as their relations with the governmental administration responsible for their functioning and their institutional development are described.

The next chapter contains the present model of Polish academic careers system comprised of the academic functions in Polish scientific and higher education institutions and of the corresponding scientific degrees and titles required to be appointed to perform these functions.

The conclusion identifies the socio-economic constraints of the development of Polish research and academic institutions. The paper ends with the presentation of a recent opinion on this subject from an important representative of the Polish academic society, regarding the conditions and prospects of desirable development in this field, shared to a large extent by the authors of this paper.

REFERENCES:

Batorski D., Bojanowski M., Czerniawska D., (2009), *Diagnosis of institutional and geographic mobility of persons with a Doctor's degree in Poland*, OPI, ICM University of Warsaw (in Polish);
http://www.nauka.gov.pl/fileadmin/user_upload/Nauka/Polityka_naukowa_panstwa/Analizy_raporty_statystyki/20100510_Diagnoza_mobilnosci.pdf (18.05.2011);

Borrell-Damian L., (2009), *Collaborative Doctoral Education: University – Industry Partnerships for Enhancing Knowledge Exchange*. European University Association Publications;

Buchner-Jeziorska A., (2001), *In the trap of market economy: the market of educational services and the quality of education in the schools of higher education in Poland in the nineties* (in Polish), Discussion paper presented during the conference organized by the Foundation for Entrepreneurship Education, Lodz 5-6 April 2001,

Bugaj J., Litwin Z., (2010), *Doctoral student's perception of third-cycle studies – inception report* (in:) Praweńska-Skrzypek G., Baran G., *Management of the transition from university to professional life in the context of key doctoral students' competences*, MCDN, Kraków (Cracow), p. 168-180 (in Polish);

Całek A., Dudek K., Husein H., Król M., Narewska M., Wiekiera M., Wiktorowski M., (2011), *Professional lots of persons with a scientific degree of a Doctor in the context of European Union policy in the field of higher education*. [in:] Zarządzanie Publiczne (Public Management), (in:) Zeszyty Naukowe (Scientific Papers) of the Institute of Public Affairs of the Jagiellonian University, ISP UJ, 1 (13)/2011, 153-187 (in Polish);

Chmielecka E. (ed.), (2010), *Autonomy of higher education institution programs. National Framework of Qualification in higher education as an instrument of education quality improvement*, Ed. Ministry of Science and Higher Education, Warsaw 2010 (in Polish);

Cyran K., Przywara B., (2012), *Socio-economic conditions of scientific careers in Poland* [in:] Waltos S., Rozmus A. (eds.) (2012) *Scientific career in Poland...* pp. 177-206 (in Polish);

Czyżewska M., Skica T., (2012), *Contemporary models of employment markets for researchers in the world as an outgrowth of higher education models*, [in:] Waltos S., Rozmus A. (eds.) (2012) *Scientific career in Poland...* pp.43-82 (in Polish);

Czyżewska M., (2012), *Science and business – condition of entrepreneurship development among the scientific staff in Poland*, [in:] Waltos S., Rozmus A. (eds.) *Scientific career in Poland...* pp. 233-258 (in Polish);

Dąbrowa-Szeffler M., (2007), *System of higher education* [in:] Dąbrowa-Szeffler M., Jabłocka-Przyłowska J. (eds.) *Higher Education in Poland*, OECD report, Warsaw pp. 29-56;

Duszynski J. (interview with), (2015), *Himalayas and Gubalowkas*, [in:] “Polityka” (Politics) weekly review nb. 21 (3010). 20-26.05 2015, pp. 72-74 (in Polish);

Fulton O., Santiago P., Edquist Ch., El-Khawas E., Hacki E., (2008), *OCDE report on higher education*, Warsaw;

Hartman J., (2015), *Degraded professor doctor*, [in:] “Polityka” (Politics) weekly review No. 17 (3006) 22-27 April 2015, pp.20-23 (in Polish);

Jajszczyk A., Kaczmarek L., Szulc Z., Zyczkowski K., (2008), *Which form of science and higher education institutions?* [in:] III Citizens Congress, IBNGR, Gdańsk (in Polish).

Kiebała A., (2012), *Scientific career – acquisition of scientific grades and title*, [in:] Waltos S., Rozmus A. (eds.) *Scientific career in Poland...* pp. 107-136 (in Polish);

Klama A., Kostrubala-Brak A., Korniejenko K., Kuczyńska A., Rusanowska M., Wójcik M., (2010), *The motivation for choosing three-cycle studies and doctoral student's expectations of the labour market* [in:] G. Praweńska-Skrzypek, G. Baran, *Management of the transition from university to professional life in the context of key doctoral students' competences*, MCDN, Kraków, 149-168 (in Polish);

Kraśniewski A., (2009), *Polish higher education : state, conditions and prospects*, Published by Warsaw University, Warsaw (in Polish);

Król M., (2015), *Down with educational equality! How to escape out of the present hopeless situation of Polish science*, [in:] “Polityka”(Politics) weekly review nr. 19 (3008) 6-12 May 2015, p.20-21 (in Polish);

Kurzepa-Dedo K., (2012), *Academic career in the light of rules of the Law on higher education*, [in:] Waltos S., Rozmus A. (eds.), (2012), *Scientific career in Poland...* pp. 137-152 (in Polish);

Leder A., (2015), *We will not see a new Kant in our lifetime* [in:] *Gazeta Wyborcza*, Saturday-Sunday 6-7 June (in Polish);

Mikułowski W., (2014), *Administration Studies in Poland in the Light of International Higher Education Standards and Challenges Faced Currently by the Polish Administration* [in:] Mikułowski W., Jezierska A. (eds.), *Public Administration and the Challenges of the Economic Crisis and its Social Implications* KSAP-SEAP, Warsaw 2014, pp. 366-407 (in Polish);

Mikułowski W., (2008), *Between Tradition and Modernity. Past, Present and Future of Public Administration Degree Programs in Poland*, in: Berg v. d. F., Váradi L., Jenei G., (eds.), *Public Administration and Public Policy degree programs in Europe: The road from Bologna*, NISPAcee, Bratislava, 2008, pp. 211-242;

Mikułowski W., (2008), *Training Standards and Curricula Minima at the Administration Faculty (The Current Situation Analysis and the Proposals of Changes)*, in: *Public Administration – Domestic and International Studies* No 2(12) 2008, Publisher: WSAP Białystok, pp. 7-29;

Modzelewski K., (2015), *Free thought under the yoke of abacus* [in:] "Polityka" (Politics) weekly review nr. 45 (3013), 10-16 June 2015, p.74-75 (in Polish);

Muszevska A., Niesiołowski-Spano L., Pieniądz A., (eds.), (2015), *The Pact for Academia. How Academia should serve the Civic Society. Citizens project of changes in the Science and Higher Education*, Warsaw, April 2015, p. 98 (in Polish) [in:]
<http://www.obywatelenauki.pl/wp-content/upload2015/04paktdlanauki>;

Prawelska-Skrzypek G., Baran G., (2010), *Management of the transition from university to professional life in the context of key doctoral students' competences*, MCDN, Kraków (in Polish);

Rozmus A., (2012), *Selected indicators of the Polish science potential from the perspective of scientific career* [in:] Waltos S., Rozmus A., (eds.), (2012), *Scientific career in Poland ...* pp. 207-232 (in Polish);

Santiago P., Kis V., (2008), *The Academic Career: Adapting to Change* [in:] Santiago p., Tremblay K., Basri E., Arnal E., *Tertiary Education for the Knowledge Society*, vol. 2, Special Features: Equity, Innovation, Labor Market, Internationalization, OECD, 131-188;

Strategia rozwoju szkolnictwa wyższego w Polsce do 2020 r. Drugi wariant (Development Strategy for Higher Education in Poland until 2020. Second variant), Research Institute on Market Economy, Ernst &Young, March 2010 (in Polish);

Szkolnictwo Wyższe w Polsce - Diagnoza (Higher Education in Poland - Diagnosis 7.01.2010; Research Institute on Market Economy, Ernst &Young, 27p. (in Polish);

Tadeusiewicz. R, (2006), *Career as the goal or as an outcome of scientific research* [in:] Ziejka F., (ed.), *Model of a scientific promotion in Poland*, KRASP, FRP, Cracow-Warsaw, 28-33. (in Polish)

Waltos S., Rozmus A., (eds.), (2012), *Scientific career in Poland. Legal, social and economic conditions*. LEX Wolters Kluwer Business, Warsaw 2012, 295 p. (in Polish);

Waltoś S., (2012), *Vicissitudes of scientific career in Poland – a few introductory reflexions on the classic models background*, in: *Scientific career in Poland...* pp.21-42 (in Polish);

Wieczorek J., (2008), *Roads and roadless tracts of science in Poland. An analysis of the rightness of implementation of the recommendations of the European Charter of Scientist and of the Code of their Recruitment Procedure in Poland*, Published by the Independent Academic Forum, Cracow (in Polish).

Principal legal acts

Law of 14 March 2003 On scientific degrees and scientific title and also on scientific degrees and scientific title in the field of arts; Adjusted version: Official Journal of 22 December 2014, pos. 1852;

Law of 27 July 2005 On higher education; Adjusted version: Official Journal of 30 January 2014, pos. 7.

**GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E RINVIO PREGIUDIZIALE
ALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

REPORT ANNUALE – 2015 – ITALIA

(Giugno 2015)

Sergio FOÀ

INDICE:

- 1. QUESTIONE PREGIUDIZIALE DI INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO DI RILEVANZA**
- 2. PRECLUSIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE**
- 3. RIFLESSI SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E SULLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE PER OMESSO RINVIO**
- 4. LA RISPOSTA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: IL GIUDICE DI RINVIO “DOMINUS” DELLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE**
- 5. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE E LA LEALE COLLABORAZIONE TRA GIUDICI**
- 6. RINVII PREGIUDIZIALI “DISTORSIVI” RISPETTO ALL'ORDINAMENTO PROCESSUALE NAZIONALE: A) RINVIO ACCELERATO DEL T.A.R. PER “DISAPPLICARE” IL GIUDICATO DEL CONSIGLIO DI STATO; B) DUBBI SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELL'ADUNANZA PLENARIA**

1. QUESTIONE PREGIUDIZIALE DI INTERPRETAZIONE E GIUDIZIO DI RILEVANZA

Negli ultimi anni la giustizia amministrativa ha mostrato un crescente interesse verso l'utilizzo del rinvio pregiudiziale di interpretazione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (art. 267, par. 3, TFUE) e sui rapporti intercorrenti tra tale istituto e le regole processuali nazionali¹.

Il Consiglio di Stato italiano ha addirittura utilizzato lo strumento in esame proprio per ottenere dal giudice europeo chiarimenti sulle modalità del relativo esercizio e sull'ambito del proprio sindacato di ammissibilità allorché la domanda di rinvio sia formulata dal ricorrente².

Di regola le richieste formulate dalla parte obbligano il giudice di ultima istanza al rinvio pregiudiziale, quando sostanziano questioni di interpretazione del diritto dell'Unione europea, questioni rilevanti al fine della decisione del giudizio, questioni non perfettamente identiche ad altre già decise dalla Corte di giustizia, nonché questioni sulle quali la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea “non si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alle questioni sollevate”³.

¹ Sul rinvio pregiudiziale in generale, R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli 2011; E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronunzia*, Torino 2012. Con particolare riferimento alla giustizia amministrativa, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli, 2011; ID., *Giustizia amministrativa atipicità delle azioni ed effettività della tutela*, Napoli, 2012, 182 ss.

² Cons. Stato, Sez. VI, Ord. 5 marzo 2012, n. 1244 (Pres. Volpe - est. De Nictolis), con commento di S. FOÀ, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia obbligatorio anche a dispetto dei principi e delle preclusioni processuali nazionali?*, in *Nuovo dir. amm.*, 2012, n.2, 29 ss.

³ Le modalità di formulazione dei quesiti sono chiarite dalla Corte di Giustizia mediante le “Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale” (2012/C 338/01), che tengono conto del nuovo regolamento di procedura della Corte di giustizia, adottato a Lussemburgo il 25 settembre 2012 (GU L 265 del 29.9.2012, pag. 1). Tali “Raccomandazioni” sostituiscono la nota informativa

Il giudice amministrativo italiano ha tuttavia ravvisato un asserito profilo di contrasto tra il suddetto obbligo, volto a richiedere la pronuncia interpretativa al giudice comunitario per conformare ad essa la decisione del caso controverso, e le regole processuali nazionali, che renderebbero inammissibili le questioni poste per difetto di rilevanza.

Sotto un primo profilo il Consiglio di Stato censura la formulazione della questione in termini generici o riferita a norme dell'Unione europea palesemente non pertinenti, sì da suggerire una declaratoria di irrilevanza o di inammissibilità o, in alternativa, una integrale riformulazione della questione interpretativa da parte del giudice.

Ulteriori profili di inammissibilità delle questioni poste discendono dal diritto processuale nazionale: la genericità del parametro normativo invocato⁴; l'utilizzo improprio del rinvio pregiudiziale, con il quale si chiede la soluzione del caso specifico alla Corte di Giustizia⁵; la formulazione delle questioni mediante elementi della fattispecie concreta, ricostruiti talora in modo parziale; la confusione tra questione di "interpretazione del diritto dell'Unione europea" e l'applicazione dello stesso diritto al caso specifico.

riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali (2011/C 160/01) che il Consiglio di Stato con la rimessione di cui nel testo, aveva ritenuto "non (...) del tutto esaustivi" (cfr. punto 9.10 in diritto).

⁴ Nel caso di specie si chiedeva l'interpretazione de "l'art. 101 TFUE o altra norma europea".

⁵ Che invece esula dalle competenze della stessa, posto che nel procedimento di rinvio pregiudiziale ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale: CGUE, Sez. II, sentenza 6 settembre 2012, causa C-273/11, *Mecsek-Gabona Kft*, punto 53, che ribadisce l'incompetenza della Corte a verificare e valutare le circostanze di fatto relative al procedimento principale. Spetta quindi al giudice nazionale effettuare una "valutazione globale di tutti gli elementi e le circostanze di fatto relativi a detto procedimento". Cfr. anche le Conclusioni dell'Avvocato generale Y. Bot presentate il 27 marzo 2012, Causa C-83/11, *Secretary of State for the Home Department*: spetta (...) solo ai giudici nazionali cui è stata sottoposta la controversia e a cui incombe la responsabilità della decisione giudiziaria valutare, tenendo conto delle specificità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale all'emanazione della loro sentenza sia la rilevanza delle questioni che essi sottopongono alla Corte. La Corte può rifiutare di pronunciarsi su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale solo qualora risulti manifestamente che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della causa principale oppure qualora il problema sia di natura ipotetica, oppure nel caso in cui la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le vengono sottoposte. Cfr. anche CGUE 7 luglio 2011, C 310/10, *Agafitei e a.*, punti 25 e 27 e giurisprudenza ivi citata; 8 maggio 2008 C-491/06; 9 giugno 2005, cause riunite C-211/03, C-299/03 e da C-316/03 a C-318/03; 18 luglio 2007, C-119/05; in particolare, la Corte può pronunciarsi unicamente sull'interpretazione o sulla validità di un testo comunitario in base ai fatti indicati dal giudice nazionale: v. CGUE 16 marzo 1978 C-104/77; 28 settembre 2006 C-467/04. Per un più ampio corredo giurisprudenziale, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 152 s.

Il Consiglio di Stato si interroga sulla portata del proprio scrutinio di ammissibilità della questione pregiudiziale e lamenta la contrazione dei poteri di valutazione (o di “filtro”, per utilizzare l’espressione dell’ordinanza) di fronte alla richiesta del ricorrente: il rinvio pregiudiziale potrebbe essere negato solo se la norma di diritto dell’Unione europea sia chiara al di là di ogni ragionevole dubbio.

L’interpretazione del diritto dell’Unione europea è tuttavia riservata alla Corte di Giustizia, e dato che l’art. 267, par. 3, TFUE prevede un obbligo di rinvio se la parte solleva questione pregiudiziale, sembrerebbe che il giudice nazionale non abbia alcun potere di stabilire che “il diritto comunitario è chiaro” e non dà adito a dubbi interpretativi, e conseguentemente non abbia alcun potere di rifiutare il rinvio pregiudiziale. Alla questione posta dalla parte corrisponderebbe per l’effetto una presunzione assoluta di rilevanza ai fini dell’interpretazione sovranazionale.

Ciò a differenza della questione di legittimità costituzionale sollevata dinanzi al Giudice delle leggi, con riferimento alla quale al giudice (anche di ultima istanza) è riservata la valutazione di rilevanza e non manifesta infondatezza. In siffatta valutazione di “non manifesta infondatezza” il giudice può interpretare sia la legge ordinaria, sia la Costituzione. Rispetto al ragionamento seguito dal giudice amministrativo, occorre inoltre verificare se la censura di legittimità costituzionale possa essere trattata alla stregua di un motivo di parte in sede di gravame⁶.

Un’analisi empirica della giurisprudenza sovranazionale dimostra che il giudizio sulla “rilevanza” espresso dal giudice nazionale sulla pregiudiziale interpretativa è stato

⁶ S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale comunitaria e internazionale. I confini dell’interpretazione conforme*, Napoli, 2011, 61 ss.; N. PIGNATELLI, *Gli effetti dell’illegittimità costituzionale «nei limiti» dei motivi di impugnazione del provvedimento amministrativo: le regole processuali del Consiglio di Stato* (Nota a C. Stato, sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, Soc. Italcementi c. Reg. Campania), in *Foro it.*, 2010, III, 86.

finora censurato dalla Corte di giustizia per contestare il difetto di tale requisito, invece riscontrato dal giudice a quo⁷.

Non è invece chiaro quale sia l'ambito del potere del giudice nazionale di escludere la rilevanza, se per valutare la rilevanza occorra comunque stabilire se il diritto dell'Unione europea è o no applicabile al caso concreto, né quali sono le conseguenze giuridiche, anche in termini di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione europea, se il giudice a quo esclude la rilevanza della questione di interpretazione del diritto dell'Unione europea, errando nel valutare se questo è o meno applicabile al caso concreto.

La giurisprudenza europea è sul punto eterogenea: le questioni poste dai giudici nazionali riguardanti l'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione europea comportano in via di principio l'obbligo della Corte di statuire, a meno che non appaia in modo manifesto che la domanda di pronuncia pregiudiziale tende in realtà ad indurla a pronunciarsi mediante una controversia fittizia o a formulare pareri su questioni generali o astratte, oppure che l'interpretazione del diritto comunitario richiesta non ha alcuna relazione con l'oggetto della controversia, o ancora che la Corte non dispone degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni sottoposte al suo esame⁸.

L'interpretazione letterale dell'art. 267, par. 3, TFUE escluderebbe secondo il Consiglio di Stato la possibilità per il giudice nazionale di esprimere giudizio di rilevanza, perché ogni qual volta vengano in considerazione, nel giudizio, norme dell'Unione europea, per ciò solo la questione interpretativa dovrebbe essere rilevante. Il passaggio argomentativo sul punto è veloce e sintetizza la tendenza della giurisprudenza europea ad estendere la portata del rinvio pregiudiziale; la vera questione riguarda il caso in cui il rinvio pregiudiziale sia formulato come motivo di ricorso o lo integri surrettiziamente⁹.

⁷ S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 151 ss.

⁸ Richiami giurisprudenziali in S. FOÀ, *op. e loc. cit.*

⁹ In letteratura, sui motivi di ricorso, L. IANNOTTA, *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi nel processo amministrativo*, Napoli, 1989; M.A. QUAGLIA, C. MIGNONE, Art. 19 L. Tar, in Alb. ROMANO (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992; R. VILLATA, L. BERTONAZZI,

2. PRECLUSIONI NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E OBBLIGO DI RINVIO PREGIUDIZIALE

L'incompletezza dei chiarimenti resi in via pretoria dal Giudice dell'Unione europea sul rapporto tra obbligo di rinvio pregiudiziale e regole processuali nazionali impone di enucleare i principi del processo amministrativo italiano potenzialmente confliggenti con l'obbligo di investire la Corte di Giustizia della questione interpretativa.

Il fulcro del ragionamento individua nella "domanda pregiudiziale" proposta dall'appellante come motivo di appello un "motivo di ricorso" alla stregua delle regole processuali nazionali. Se così è, la valutazione giudiziale della stessa domanda pregiudiziale, in quanto motivo di ricorso, deve avvenire nel rispetto del principio della specificità della formulazione, con conseguente inammissibilità dei motivi generici, del divieto di modifica dei motivi in corso di causa; in ossequio al principio della domanda, il giudice non può modificare una domanda di parte, pena la violazione del principio del contraddittorio.

Ove il ricorrente miri a censurare l'atto amministrativo impugnato per contrasto con il diritto dell'Unione europea, senza tuttavia trattare la medesima censura come ordinario motivo di ricorso, la sua condotta violerebbe i richiamati principi processuali e le correlate disposizioni del Codice del processo amministrativo italiano.

Anziché censurare in primo grado puntualmente il provvedimento gravato, la parte avrebbe utilizzato impropriamente la questione di interpretazione del diritto UE, senza

Commento all'art. 40, in A. QUARANTA, V. LOPILATO (a cura di), Il processo amministrativo, Milano, 2011, 385 ss.

peraltro chiarire e delimitare l'ambito della stessa questione posta. Senza dimenticare che un utilizzo improprio dell'istituto può rappresentare una forma di abuso del processo¹⁰.

Il quesito posto al Giudice dell'Unione europea è consequenziale e pone una rigida alternativa: la primazia del diritto sovranazionale prevale sui sistemi processuali nazionali e quindi impone al giudice, a dispetto delle regole processuali nazionali, di interpretare, modificare e adattare la domanda di parte, in modo che il quesito pregiudiziale sollevato dalla parte rispetti i requisiti formali e sostanziali richiesti, oppure prevale l'autonomia processuale nazionale, così vietando al giudice di esercitare un potere di soccorso nel senso di correggere e modificare la domanda di parte e di evitare il rinvio non dovuto senza incorrere in responsabilità per violazione del citato art. 267, par. 3, TFUE?

Rimessa alla Corte di Giustizia la soluzione di tale dubbio, il Consiglio di Stato non rinuncia tuttavia a esprimere la propria opzione ermeneutica, ritenendo che l'art. 267, par. 3 TFUE non dovrebbe ostare alle regole processuali nazionali in tema di termini di ricorso, specificità dei motivi di ricorso, principio della domanda, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di soccorso della parte nella formulazione delle domande, in violazione della parità delle armi, sicché quando la parte solleva una questione pregiudiziale comunitaria davanti al giudice nazionale dovrebbe farlo in termini sufficientemente chiari e specifici, e coerenti con i parametri richiesti dalla Corte di Giustizia.

L'obbligo di rinvio pregiudiziale non impedirebbe inoltre un vaglio critico da parte del giudice a quo della questione d'interpretazione del diritto dell'Unione europea, consentendogli di non rinviare la questione non solo nel caso di "assoluta chiarezza" della

¹⁰ L'ordinanza in esame non si esprime in tali termini, ma sottolinea il carattere emulativo di tale condotta, posto che "una siffatta interpretazione" (intesa ad eludere il principio della domanda) "rischia, da un lato, di incoraggiare il proliferare di richieste di rinvii pregiudiziali in modo emulativo, e dall'altro lato di creare un imbuto alla rovescia con un aggravio del carico di lavoro della Corte di Giustizia oltre ogni ragionevole limite" (cfr. punto 9.10.5. in diritto). Il riferimento compare in altro passaggio argomentativo: "secondo il giudice rimettente, in ossequio ai principi di ragionevole durata del processo, divieto di abuso del diritto di difesa, lealtà processuale, l'art. 267, par. 3 TFUE andrebbe interpretato nel senso che (...)" (punto 9.10.8 in diritto, su cui subito infra nel testo). Sull'abuso del processo amministrativo, C.E. GALLO, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 1005; N. PAOLANTONIO, *Abuso del processo* (diritto processuale amministrativo), in *Enc. dir. - Annali*, Milano, 2008, vol. II, tomo I, 1.

norma comunitaria, ma anche nel caso in cui il giudice nazionale ritenga, in base ad un parametro di ragionevolezza e diligenza professionale, che la norma europea sia “ragionevolmente chiara” e non necessiti di ulteriore chiarificazione.

Permanendo tuttavia il dubbio tra le opposte interpretazioni prospettate, il Giudice amministrativo, con tecnica alquanto originale, formula la questione pregiudiziale interpretativa in via alternativa, in ragione della risposta che il Giudice dell’Unione europea vorrà fornire sull’esatta portata dello stesso rinvio pregiudiziale. Così è formulato un rinvio “principale” per il caso in cui la Corte di giustizia dovesse accedere alla tesi del “filtro a maglie larghe” come sopra esposta, e la pregiudiziale è rimessa “negli esatti termini in cui è stata formulata da parte appellante”. È proposta altresì una questione “subordinata” risultante dalla riformulazione della domanda di parte effettuata dal giudice a quo, che in tal senso anticipa una possibile risposta del Giudice dell’Unione europea.

3. RIFLESSI SULLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO E SULLA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE PER OMESSO RINVIO

Altre questioni interpretative attengono alla compatibilità dell’obbligo di rinvio processuale “incondizionato” al principio della ragionevole durata del processo, sancito dal diritto italiano, dallo stesso diritto dell’Unione europea e dal diritto internazionale pattizio. Il giudice amministrativo intende conoscere se il correlato allungamento dei tempi processuali possa far escludere, dal computo dei termini di ragionevole durata del processo interno, la fase di rinvio e decisione della pregiudiziale comunitaria e anche questa è una questione di interpretazione del diritto UE¹¹.

¹¹ Per effetto dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea che riconosce alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (per quanto di interesse, art. 47 che comprende tra i diritti fondamentali dell’Unione anche quello alla ragionevole durata del processo).

È invocato un chiarimento in ordine ai casi in cui il mancato rinvio pregiudiziale darebbe luogo a “manifesta violazione del diritto comunitario”¹², e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell’azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988, n. 117 per “risarcimento danni cagionati nell’esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati” e dell’azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario, e tanto, anche al fine di evitare che i giudici nazionali, nel timore di incorrere in violazione del diritto comunitario, aggravino la Corte di Giustizia con rinvii puramente “difensivi” finalizzati a prevenire azioni di responsabilità civile contro i magistrati¹³.

La preoccupazione non è peregrina, solo ove si ricordi, ad esempio, che la Commissione europea ha inviato alla Svezia una opinione motivata ai sensi dell’art. 258 TFUE, avviando procedura di infrazione a causa del numero troppo esiguo di rinvii pregiudiziali ex art. 267 TFUE operati dagli organi giudiziari di ultima istanza e dall’assenza di motivazione dei provvedimenti che respingono le istanze di rinvio pregiudiziale sollevate dalle parti nei giudizi nazionali¹⁴.

¹² CGCE, 30 settembre 2003 C-224/01, *Kobler*, in *Racc.*, 2003, p. I-10239.; Id. 13 giugno 2006 C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*; Id., sez. III 24 novembre 2011, C 379/10. *Commissione europea c. Repubblica italiana*: con toni critici P.J. WATTEL, *Köbler, CILFIT and Welthgrove: We can't go on meeting like this*, in *Common Market Law Review*, 2004, 184, auspica l’applicazione della giurisprudenza Köbler anche a livello comunitario per risarcire ex art. 215 del Trattato i danni determinati dagli errori di giudizio della stessa Corte di giustizia; M. BREUER, *Wrongs and Community Law: the Case of Gerhard Köbler v Austria*, in *European Law Review*, 2004, 243; C.D. CLASSEN, *Case Note: Gerhard Köbler v. Republik Österreich*, in *Common Market Law Review*, 2004, 81; J. KOMAREK, *Federal Elements in the State Liability for Judicial Community Judicial System: Building Coherence in the Community Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2005, 9.

¹³ Critica la natura non selettiva del rinvio pregiudiziale G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1153 ss.

¹⁴ Documento della Commissione 2003/2161, C(2004) 3899 del 13.10.2004. U. BERNITZ, *The Duty of Supreme Court to Refer Cases to the ECJ: The Commission's Action Against Sweden*, in *Swedish Studies in European Law*, vol. 1, 2006; M. SCMAUCH, *Lack of preliminary Rulings as an Infringement of Article 234 EC? (Commission Case COM 2003/2161, Procedure Against The Kingdom of Sweden)*, in *European Law Reporter* 2005, 445. Già il *Report by the Working Party on the Future of the European Communities' Court System* (noto come “The Due Report”), consegnato al Presidente della Commissione europea R. Prodi nel 2000 avanzava la possibilità per la Commissione di esperire azioni in carenza ex art. 226 per far valere la violazione dell’art. 234 del Trattato (oggi art. 267 TFUE) da parte delle corti nazionali di ultima istanza.

Con riferimento all'ordinamento italiano si è prospettata ricorribilità per Cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, delle decisioni con cui il Consiglio di Stato non rinvii alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE nei casi in cui vi sia tenuto¹⁵.

Anche con riferimento a tali profili correttamente il Consiglio di Stato intende ottenere chiarimenti, specie dopo la recente pronuncia della Corte di Giustizia che ha censurato la legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati, ritenendo le limitazioni di responsabilità ivi contemplate contrarie al diritto UE¹⁶.

Se è vero che l'omesso rinvio pregiudiziale ex se non è fonte di responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ma deve collegarsi ad una violazione sostanziale del diritto sovranazionale, non si può omettere di considerare che le proposte di modifica legislativa giacenti in Parlamento attribuiscono un ruolo essenziale all'omesso rinvio. In tale contesto deve essere letta la richiesta intesa ad ottenere il placet dal giudice europeo sulla possibilità di omettere il rinvio quando la norma UE sia "ragionevolmente chiara". È particolare il richiamo ai mezzi di cui il giudice dispone per valutare la chiarezza della disposizione normativa: non già gli strumenti ermeneutici e la possibilità di interpretazione conforme¹⁷, quanto il parametro della diligenza professionale, che rimarca l'accostamento

¹⁵ L. CANNADA BARTOLI, *Impugnabilità in Cassazione, ex art. 111 ultimo comma della Costituzione, per omesso rinvio di pregiudiziali da parte del Consiglio di Stato alla CGCE*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 941 ss., spec. 955 ss.

¹⁶ CGUE, 24 novembre 2011, C-379/10. M.R. DONNARUMMA, *Responsabilità dei magistrati e giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 669; M. NISTICÒ, *Dalla Corte di giustizia una censura al diritto vivente in tema di responsabilità dei magistrati*, in *Quad. cost.*, 2012, 149; M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Giustizia-amministrativa*, 2012.

¹⁷ Secondo la Corte di Giustizia "il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio, nei limiti delle loro competenze, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della previsione del diritto UE e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima": da ultimo CGUE, Grande Sezione, 5 settembre 2012, causa C 42/11, *Joao Pedro Lopes Da Silva Jorge*, punti 55 e 56, ed ivi richiami giurisprudenziali, ove sono altresì evidenziati i limiti all'applicazione del principio: "l'obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto (di una decisione quadro) nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione contra legem del diritto nazionale".

del giudice alla più generale figura del funzionario pubblico cui è affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁸.

Il recente intervento del legislatore italiano di modifica della disciplina sulla responsabilità civile dei magistrati conferma le preoccupazioni del Consiglio di Stato, laddove afferma che “in caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”¹⁹.

¹⁸ Da ultimo, M. A. SANDULLI, *Riflessioni sulla responsabilità civile per le violazioni di legge commesse dagli organi giudiziari*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012.

¹⁹ Art. 2, comma 3-bis, della legge n. 117 del 1988 introdotto dalla legge n. 18 del 2015: “Fermo restando il giudizio di responsabilità contabile di cui al decreto legge 23 ottobre 1996, n. 543, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 dicembre 1996, n. 639, ai fini della determinazione dei casi in cui sussiste la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea si tiene conto, in particolare, del grado di chiarezza e precisione delle norme violate nonché dell'inescusabilità e della gravità dell'inosservanza. In caso di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea si deve tener conto anche della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'articolo 267, terzo paragrafo, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nonché del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea”.

4. LA RISPOSTA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: IL GIUDICE DI RINVIO “DOMINUS” DELLA RILEVANZA DELLA QUESTIONE

L’ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato è stata da taluni criticata proprio riguardo all’impossibilità per il giudice di far valere ex art. 267 TFUE il proprio diverso apprezzamento rispetto a quello manifestato dalla parte, una volta che la questione di rinvio sia stata da quest’ultima sollevata²⁰.

Per il vero tali critiche non colgono appieno le peculiarità del sistema del processo amministrativo nazionale, salvo argomentare che se l’effetto prodotto dalle disposizioni processuali nazionali evocate dal giudice remittente fosse quello di escludere il “dovere di soccorso” giudiziale, da ciò discenderebbe la contrarietà delle stesse disposizioni al meccanismo del rinvio pregiudiziale, che verrebbe fortemente limitato per effetto di una disposizione interna. Soluzione, quest’ultima, che non potrebbe essere “tollerata” dalla Corte di Giustizia, posto che l’istituto del rinvio pregiudiziale esula dalla competenza degli Stati membri ed è disciplinato dal TFUE²¹.

Tale ragionamento è fondato sulla nota giurisprudenza della Corte di Giustizia che affida al giudice nazionale il compito di specificare i motivi per i quali essi ritengano necessaria alla definizione della controversia la soluzione delle questioni loro proposte, sicché alla Corte di giustizia è riservato il compito “non di esprimere pareri a carattere consultivo su questioni generali o ipotetiche, ma di contribuire all’amministrazione della giustizia negli Stati membri. Ad essa non compete pertanto la soluzione di questioni di interpretazione che le siano proposte nell’ambito di schemi processuali precostituiti dalle parti al fine di indurla a pronunciarsi su taluni problemi di diritto comunitario non rispondenti ad una necessità obiettiva inerente alla definizione di una controversia”. Lo spirito di

²⁰ Tale premessa è ritenuta “discutibile e, francamente, inesatta” da A. RUGGERI, *Il Consiglio di Stato e il “metarinvio” pregiudiziale (a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012)*, in *diritticomparati.it*, 2012; cfr. altresì R. CONTI, *I dubbi del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco “chiaro”?* (Note a prima lettura su Cons Stato 5 marzo 2012 n. 4584), *ibidem*, 2012 ritiene che “Ammettere, così, l’esistenza di un meccanismo di preclusione nei termini prospettati dal Consiglio di Stato finirebbe col tradire (...) l’essenza stessa del rinvio pregiudiziale”.

²¹ In tali termini R. CONTI, *op. loc. cit.*

collaborazione che presidia le funzioni assegnate al giudice nazionale ed alla Corte di giustizia – ora vieppiù confermato dalla richiesta al giudice a quo di offrire una possibile soluzione al quesito pregiudiziale proposto - impone per un verso l’obbligo di rispettare le competenze del giudice nazionale, ma anche la funzione specifica di cui la Corte è investita, che riguarda “non soltanto gli interessi delle parti in causa, ma altresì quelli della comunità e quelli degli Stati membri”²².

Se della delibazione sulla rilevanza della questione comunitaria è dominus il giudice nazionale, residuano tuttavia dubbi proprio sull’estensione della servente valutazione, anche in merito all’applicabilità al giudizio pendente della disposizione normativa europea che la parte del giudizio invoca. Il vincolo ai motivi di parte del giudice amministrativo nel nostro ordinamento può così indurre lo stesso, nei casi dubbi, ad ampliare i casi di rinvio pregiudiziale alla Corte; soprattutto riguardo all’inquadramento del caso concreto alla fattispecie delineata dalla fonte sovranazionale. Si sono già notate per l’effetto pronunce del giudice dell’Unione europea occasionate da rimessioni perplesse, tanto da far affermare alla Corte che “(...) il Consiglio di Stato ritiene che la direttiva (...) non si applichi al caso. (...) Il Consiglio di Stato nutre tuttavia dubbi a tale riguardo”²³.

Il vero punto cruciale, lucidamente individuato dall’ordinanza di remissione, attiene all’utilizzo del rinvio pregiudiziale alla stregua di motivo di ricorso, e in tal senso sorge spontaneo l’interrogativo sull’applicabilità delle preclusioni processuali nazionali alla domanda di parte. In questo quadro devono essere iscritte le note pronunce della Corte di giustizia, ripetutamente invocata in via pregiudiziale a conciliare il principio di effettività del

²² Già CGCE 16 dicembre 1981, causa C 244/1980, *Foglia c. Novello*, punti 16 ss. Per maggiori riferimenti giurisprudenziali, S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità*, cit., 153.

²³ CGUE, Sez. II, 29 gennaio 2009, C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri contro Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, riguardo al riconoscimento dei diplomi ai sensi della Direttiva 89/48/CEE e la conseguente omologazione del titolo di studio di Ingegnere.

diritto comunitario con il regime processuale nazionale e le correlate preclusioni relative alla decadenza dei termini di impugnazione dell'atto amministrativo²⁴.

La Corte di giustizia si è pronunciata più volte sull'ammissibilità di norme processuali nazionali di preclusione a fronte di domande fondate sul diritto dell'Unione europea²⁵; la soluzione, in vero, non è delineabile in modo generalizzato, richiedendo un'analisi sugli effetti in termini di tutela della situazione soggettiva protetta riguardo alla specifica norma di preclusione. I precedenti consentono comunque di dimensionare la portata del principio di effettività e dei limiti imposti agli ordinamenti processuali nazionali. Nello sviluppo della giurisprudenza, la Corte di giustizia ha dovuto affrontare resistenze concettuali alla trasposizione del principio della primazia del diritto comunitario con riferimento alla tutela giurisdizionale esperibile avverso atti amministrativi, e le ha risolte funzionalizzando l'autonomia processuale degli Stati all'effettività delle previsioni del diritto dell'UE²⁶.

La stessa Corte di giustizia ha negli ultimi anni affermato che il principio dispositivo nel processo amministrativo impedisce al giudice nazionale di sollevare d'ufficio un motivo fondato sulla violazione di norme comunitarie, senza che ciò contrasti con i principi di equivalenza e di effettività della tutela²⁷. Ciò ovviamente non preclude al giudice

²⁴ Sulla tensione tra i principi di effettività ed autonomia processuale e procedurale, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.

²⁵ Sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Van Schijndel e Van Veen* (Racc., p. I-4705); E. RUSSO, *È sempre "diffuso" il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 701 ss.; Sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98 (Racc., p. I-4941); Sentenza 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis* (Racc., p. I-4951, punto 48).

²⁶ CGCE, Sez. II, 29 aprile 1999, C-224/97, *Erich Ciola e Land Vorarlberg*, in Racc., 1999, I-2517 spec. punto 24, ed ivi la posizione assunta dal governo austriaco, avversa ad applicare "senza alcun vaglio e senza limiti la giurisprudenza sulla preminenza del diritto comunitario ad atti amministrativi individuali e concreti". La posizione veniva fondata sulla esecutorietà degli atti amministrativi, sostenuta dai richiami alla giurisprudenza comunitaria sulla autonomia processuale degli Stati membri. Affermare la preminenza del diritto comunitario nei confronti di un atto amministrativo esecutivo avrebbe potuto rimettere in questione i principi della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento o dei diritti legittimamente acquisiti.

²⁷ CGUE, Sez. IV, 7 giugno 2007, C-222/05, *Van der Weerd*, in Racc., 2007, p. I- 4233, con riferimento alla disciplina processuale dei Paesi Bassi. A commento J.H. JANS, A.T. MARSEILLE, in *Common Market Law Rev.*, 2008, 853 ss.

amministrativo di rilevare questioni d'ufficio, purché rispetti il principio del contraddittorio²⁸.

E così anche l'istituto del rinvio pregiudiziale è stato differentemente percepito da parte della Corte di giustizia, che nella prima giurisprudenza tendeva ad utilizzarlo come strumento di economia processuale correlato all'efficacia del "precedente persuasivo" della pronuncia comunitaria, mentre oggi è inteso quale meccanismo di collaborazione tra giurisdizioni, che sta raggiungendo in via di prassi un nuovo equilibrio, effetto dell'amplificazione del diritto dell'Unione europea accompagnato dall'autolimitazione dei giudici nazionali.

In sintesi pare doversi condividere la scelta del rinvio operato dal Consiglio di Stato con l'ordinanza esaminata, perché se è vero che la disciplina del rinvio pregiudiziale è riservata al diritto dell'Unione europea, è altresì innegabile che il suo esercizio si innesta in meccanismi processuali nazionali che nel giudizio amministrativo mantengono ancora una marcata peculiarità. Non è tanto la costruzione del rinvio pregiudiziale in genere a preoccupare il giudice amministrativo, ma l'utilizzo improprio dello stesso istituto, sì da tradursi in motivi di ricorso inammissibili secondo la legge processuale nazionale.

Era prevedibile che il giudice dell'Unione Europea funzionalizzasse nuovamente l'autonomia processuale dello Stato rimettente²⁹ e così in effetti è avvenuto, anche se la Corte di Giustizia non ha dedicato attenzione alle specifiche questioni processuali poste dal Consiglio di Stato. Così la Corte ha ribadito che la determinazione e la formulazione delle

²⁸ Sul punto il Codice del processo amministrativo italiano si è allineato alla giurisprudenza europea ed alle previsioni del codice processuale civile. Cfr. art. 73, co. 3, Cod. proc. amm.: "Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie". Il principio è stato esaminato da Cons. Stato, Ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3, in *Giust. amm.*, 2010.

²⁹ Sulla funzionalizzazione dell'autonomia processuale, L. DE LUCIA, *Amministrazione europea e tutela giurisdizionale*, in ASTRID, *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M.P. CHITTE A. NATALINI, Bologna, 2011; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale*, cit., 191, in termini di "autonomia processuale condizionata". Sulla tensione tra i principi di effettività ed autonomia processuale e procedurale, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Review*, 2007, 1044 ss.

questioni da sottoporre ad essa spettano al giudice nazionale e le parti in causa nel procedimento principale non possono modificarne il tenore³⁰. Se è pur vero che il predetto giudice è libero di invitare le parti in causa nel procedimento per il quale è adito a suggerire formulazioni che possano essere raccolte nella redazione delle questioni pregiudiziali, resta tuttavia il fatto che solo al giudice medesimo spetta decidere, da ultimo, in merito tanto alla forma quanto al contenuto delle questioni stesse³¹. La Corte afferma quindi che spetti unicamente al giudice del rinvio determinare e formulare le questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione del diritto dell'Unione che sono necessarie ai fini della risoluzione della controversia oggetto del procedimento principale.

Sbrigativamente il giudice europeo si esprime in ordine alle “norme nazionali di procedura”, che sarebbero state invocate dal Consiglio di Stato “senza, però, chiarire la loro esatta portata”: al riguardo la Corte ritiene sufficiente ricordare che “siffatte norme non possono ridurre la competenza e gli obblighi incombenti su di un giudice nazionale in quanto giudice di rinvio ai sensi dell’articolo 267 TFUE”³².

Tale interpretazione consente alla Corte di Giustizia di non affrontare l’eventuale incidenza del principio della durata ragionevole del processo, parimenti menzionata dal giudice del rinvio, visto che la questione è stata da esso formulata solamente per il caso in cui l’articolo 267 TFUE dovesse essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di ultima istanza un obbligo incondizionato di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto dell’Unione, sollevata da una parte in causa³³.

³⁰ CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C-136/12, punto 29; in precedenza sentenze 14 aprile 2011, *Vlaamse Dierenartsenvereniging e Janssens*, C-42/10, C-45/10 e C-57/10, Racc. pag. I-2975, punto 43, nonché 21 dicembre 2011, *Danske Svineproducenter*, C-316/10, Racc. pag. I-13721, punto 32.

³¹ Cfr. già CGUE, sentenza 21 luglio 2011, *Kelly*, C-104/10, Racc. pag. I-6813, punto 65.

³² CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 32; CGUE sentenza 16 dicembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, Racc. pag. I-9641, punti 93, 94 e 98.

³³ CGUE, Sez. IV, 18 luglio 2013, causa C 136/12, cit., punto 34.

5. LA RILEVANZA DELLA QUESTIONE PREGIUDIZIALE E LA LEALE COLLABORAZIONE TRA GIUDICI

Già prima della risposta del Giudice dell'Unione europea ai quesiti formulati, la Sez. V del Consiglio di Stato ha recisamente negato la sussistenza dell'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando questa non sia ritenuta rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un acte claire che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale³⁴.

Anche in tal caso, tuttavia, così come nella giurisprudenza richiamata, il Giudice amministrativo ha potuto valutare l'irrilevanza della questione posta perché inconferente rispetto al thema decidendum, ma non ha toccato il profilo dell'utilizzo del rinvio pregiudiziale alla stregua di motivo di ricorso e del relativo trattamento processuale.

In un caso, infatti, difettavano i presupposti per sollevare una questione per rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia in relazione alla compatibilità con il trattato istitutivo delle misure censurate, non venendo nella specie in rilievo una questione relativa all'interpretazione e all'applicazione del diritto comunitario primario e derivato³⁵; in altro

³⁴ Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2012, n. 3474. In tale occasione l'appellante aveva presentato istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, affinché fosse verificata la conformità all'art. 1 della direttiva comunitaria 18/2004 ed ai principi in materia di partenariato pubblico privato di un rapporto di concessione mediante *project financing* nel quale, ferma restando l'assunzione da parte del concessionario del rischio di costruzione e del rischio di disponibilità, il rischio di domanda è assunto dal soggetto pubblico, ed altresì se potesse ritenersi conforme al principio dell'equilibrio economico e finanziario caratterizzante l'istituto concessorio e più in generale quello del partenariato pubblico privato una previsione nazionale che precluda la revisione del piano economico finanziario ai fini del ripristino delle condizioni di equilibrio, nel caso in cui le variazioni alle condizioni ed ai presupposti di base della concessione dipendano da una riduzione della domanda rispetto all'offerta prevista nel progetto originario, allorché il soggetto pubblico abbia assunto su di sé il rischio di domanda. Il Consiglio di Stato ha ritenuto manifestamente irrilevanti i quesiti posti, in quanto eludono la questione principale della controversia, ossia se è possibile omettere le procedure concorrenziali per l'affidamento di una concessione di lavori pubblici al fine di consentire al precedente concessionario di recuperare le perdite o i mancati guadagni. Quesito di agevole soluzione allorché si interpretino le norme del codice dei contratti pubblici che vengono in rilievo alla luce dei principi comunitari.

³⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388, in *giustizia-amministrativa*, che ha escluso che la fissazione del particolare regime normativo di cui ai commi 16 e 17 dell'art. 81 d.l. n. 112 del 2008 abbia istituito un regime configurabile come aiuto di Stato ai sensi degli art. 107 e 108, t.f.u.e., per l'effetto venendo meno il presupposto del rinvio pregiudiziale.

caso il diniego di rinvio è stato ricondotto alla “chiarezza, univocità ed evidenza della corretta applicazione del diritto comunitario”, tale da non dare adito a nessun ragionevole dubbio interpretativo sulla soluzione da dare alla questione processuale sollevata³⁶; così come nel caso dell’insussistenza di dubbi interpretativi sull’applicazione del Trattato e laddove i principi, univoci nella loro portata vincolante per gli Stati membri, risultino rispettati³⁷.

Da ultimo, confortato dalla giurisprudenza europea, il Consiglio di Stato ha escluso la sussistenza di un diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sempre sollevata una questione pregiudiziale interpretativa da parte di una Corte suprema³⁸.

Alle medesime conclusioni è pervenuta la Corte europea dei diritti dell’uomo che, negata la sussistenza di tale diritto incondizionato dei singoli cittadini a vedere sollevata una questione pregiudiziale interpretativa da parte di una corte suprema, ha escluso la conseguente responsabilità omissiva dello Stato membro ai sensi dell’art. 6, § 1, CEDU fatte salve limitate eccezioni riferibili ad una errata valutazione della effettiva rilevanza della questione³⁹.

Anche la Corte di Giustizia ha mutato sensibilità riguardo all’ammissibilità dei rinvii pregiudiziali non adeguatamente motivati, come recentemente ricordato nelle conclusioni dell’Avvocato generale riferite a domande formulate da un giudice amministrativo italiano di primo grado.⁴⁰

³⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3655, in *giustizia-amministrativa*, relativo alla mancata dichiarazione del possesso dei requisiti per la gara che comporta l’inammissibilità del ricorso, sull’interesse all’aggiudicazione dell’appalto che esclude quello alla sua rinnovazione; sulla sufficienza della dimostrata lesione della libera concorrenza per integrare la legittimazione al ricorso.

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3642, in *giustizia-amministrativa*, sulla questione relativa all’interpretazione del d.lgs. n. 157 del 1995, nella parte in cui introduceva misure limitative dell’accesso alle procedure d’appalto, laddove non sussistevano dubbi interpretativi sulla portata dei principi comunitari ispiratori e, dunque, sulla portata delle disposizioni applicative.

³⁸ Cons. Stato, Sez. V, sentenza 23 ottobre 2013, n. 5131, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto pacifico che la prospettata questione di rinvio pregiudiziale fosse stata già esaminata e risolta dalla Corte di giustizia (sez. VI, 12 febbraio 2004, C-230/02) nel senso che l’impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l’aggiudicazione in favore di ditte terze.

³⁹ Corte europea dei diritti dell’uomo, sez. II, 8 marzo 2012, nn. 3989/97 e 38353/07.

⁴⁰ Conclusioni dell’Avvocato generale Nils Wahl presentate il 12 marzo 2015, Causa C-497/12, *Davide Gullotta Farmacia di Gullotta Davide & C. Sas c. Ministero della Salute, Azienda Sanitaria Provinciale di Catania*.

Le critiche riguardano il pregresso “atteggiamento generoso” della Corte nel valutare l’ammissibilità delle domande, che induce a chiedere se la Corte “non debba ora adottare un approccio più rigoroso al riguardo”. Il significativo ampliamento della giurisdizione della Corte per effetto dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, insieme all’allargamento dell’Unione europea nell’ultimo decennio, potrebbe avere un impatto importante sulla capacità della Corte di trattare le cause con la dovuta celerità, pur mantenendo inalterata la qualità delle decisioni.⁴¹

Nel caso di specie il giudice rimettente non aveva motivato la rilevanza delle questioni pregiudiziali⁴², sicché l’Avvocato generale suggeriva, in mancanza di qualsiasi “spiegazione in merito agli aspetti cruciali della controversia”, che la correlata questione pregiudiziale sottoposta dal TAR Sicilia dovesse essere dichiarata inammissibile, ove l’ordinanza di rinvio si ponga in contrasto con l’art. 94 del regolamento di procedura della Corte di Giustizia.

Nel 2014 sono state quasi 40 le cause in cui la Corte ha respinto le domande di pronuncia pregiudiziale in quanto inammissibili o per palese carenza di competenza. In un numero egualmente significativo di cause, le domande dei giudici nazionali sono state parzialmente respinte per gli stessi motivi. La maggioranza di tali cause riguardava questioni attinenti all’interpretazione delle libertà fondamentali benché tutti gli aspetti del

⁴¹ Cfr. le conclusioni dello stesso Avv. Generale nella causa *Venturini e a.* [da C-159/12 a C-161/12, EU:C:2013:529, paragrafi da 22 a 25.

⁴² Conclusioni Avv. Gen. in Causa C-497/12, cit., par. 68: “L’ordinanza di rinvio non spiega, neppure in termini generali, perché il giudice del rinvio ritenga che l’interpretazione dell’articolo 15 della Carta sia necessaria al fine di dirimere la controversia dinanzi ad esso pendente. Il giudice nazionale afferma unicamente di nutrire dubbi circa la piena applicabilità dei principi derivanti dalla suddetta disposizione alla professione di farmacista anche se la professione in parola è stata assoggettata a una serie di obblighi di interesse generale” e par. 73: “Alla luce di siffatto contesto, ci si attenderebbe di rinvenire nell’ordinanza di rinvio qualche spiegazione delle ragioni per le quali il giudice del rinvio ha ritenuto che la normativa nazionale controversa non bilanciassero correttamente i suddetti due diritti fondamentali o delle ragioni per le quali essa non rispettava l’essenza del diritto sancito nell’articolo 15 della Carta”. Cfr. anche par. 79: “Anche rispetto alla terza questione devo esprimere i miei dubbi circa la sua ammissibilità. Ancora una volta, l’ordinanza di rinvio non contiene alcuna spiegazione delle ragioni per le quali il giudice del rinvio reputa detta normativa non in linea con gli articoli 102 e 106 TFUE”.

procedimento principale fossero limitati a un solo Stato membro⁴³; questioni attinenti all'interpretazione della Carta europea dei diritti fondamentali in casi che non presentavano un chiaro collegamento con il diritto dell'Unione⁴⁴; ordinanze di rinvio che omettevano di descrivere il contesto di base fattuale e normativo delle questioni poste⁴⁵.

Sono frequenti le ordinanze di rinvio immotivate riguardo alla rilevanza delle disposizioni europee ai fini del giudizio di rinvio e le ipotesi in cui, al contrario, i giudici dubitano della compatibilità di disposizioni normative nazionali con il diritto dell'Unione, senza tuttavia individuare alcuna specifica disposizione dell'UE quale parametro del sindacato di rilevanza.

L'atteggiamento più rigoroso assunto dalla Corte di Giustizia si fonda sull'art. 19, par. 1, TUE, che designa come custodi del rispetto dell'ordinamento giuridico e del sistema giurisdizionale dell'UE sia la Corte che gli organi giurisdizionali degli Stati membri.

Il principio di leale collaborazione giudiziaria deve operare quindi in maniera reciproca: se il giudice nazionale è dominus della valutazione della rilevanza della questione pregiudiziale, deve anche essere consapevole dei limiti che i Trattati pongono all'attività della Corte di Giustizia⁴⁶.

In tali termini il sindacato di rilevanza che il giudice amministrativo ha recuperato anche in ultimo grado di giudizio su questioni poste dalle parti, impone maggiore attenzione

⁴³ Sentenza *Airport Shuttle Express* (EU:C:2014:74) nonché ordinanze *Tudoran* (EU:C:2014:2051) e *Szabó* (EU:C:2014:2220).

⁴⁴ Ordinanze *Kárász* (C-199/14, EU:C:2014:2243); *Panczyk* (C-28/14, EU:C:2014:2003), e *Široká* (C-459/13, EU:C:2014:2120).

⁴⁵ Ordinanze *Herrenknecht* (C-366/14, EU:C:2014:2353); *Hunland-Trade* (C-356/14, EU:C:2014:2340), e *3D I* (C-107/14, EU:C:2014:2117).

⁴⁶ Sul principio di leale collaborazione, cfr. le sentenze *The Chartered Institute of Patent Attorneys* (C-307/10, EU:C:2012:361, punto 31) e *Danske Slagterier* (C-445/06, EU:C:2009:178, punto 65). Cfr. anche sentenza *Meilicke* (C-83/91, EU:C:1992:332, punto 22), sentenze *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233, punto 41); *Zurita García e Choque Cabrera* (C-261/08 e C-348/08, EU:C:2009:648, punto 36), e *Schneider* (C-380/01, EU:C:2004:73, punto 23).

nella formulazione dei quesiti alla Corte di Giustizia, in ragione del crescente rigore selettivo che essa utilizza per ammettere i rinvii pregiudiziali.

6. RINVII PREGIUDIZIALI “DISTORSIVI” RISPETTO ALL’ORDINAMENTO PROCESSUALE NAZIONALE: A) RINVIO ACCELERATO DEL T.A.R. PER “DISAPPLICARE” IL GIUDICATO DEL CONSIGLIO DI STATO; B) DUBBI SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELL’ADUNANZA PLENARIA

Sono infine da segnalare alcuni rinvii pregiudiziali che mirano ad alterare il fisiologico svolgersi dei meccanismi interni di giustizia amministrativa.

A) In un caso la questione pregiudiziale è stata sollevata nell’ambito del giudizio di ottemperanza relativo alla sentenza di primo grado, sulla quale è sopravvenuto il giudicato (di annullamento) del Consiglio di Stato⁴⁷.

La giurisprudenza europea ha rimesso al giudice nazionale la scelta della fase processuale nella quale sottoporre alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale⁴⁸: il giudice amministrativo di primo grado, nonostante un’interpretazione differente offerta dal giudice di seconda istanza in sede cautelare, può così decidere di sospendere il procedimento avanti a sé pendente per rimettere alla Corte di giustizia la questione interpretativa, ancorché non vi sia obbligato⁴⁹.

Nel caso richiamato, il T.a.r. rimettente chiede la disapplicazione del sopravvenuto giudicato, invocando a sostegno alcuni noti precedenti della Corte di Giustizia. In primo

⁴⁷ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, ord. 15 gennaio 2013, n. 123, in www.giustizia-amministrativa.it, con commento di S. FOÀ in corso di stampa in *Giur. It.*, 2013.

⁴⁸ S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale*, cit., 140 ss.; CGUE 30 marzo 2000, causa C-236/98, *JāmO*, *Racc.* pag. I-2189, punto 30, nonché 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, punto 29.

⁴⁹ CGUE (Prima Sezione), sentenza 6 dicembre 2007, procedimenti riuniti C-463/04 e C-464/04, *Federconsumatori, Adiconsum et al.* (C-463/04); *Associazione Azionariato Diffuso dell’AEM SpA et al.* (C-464/04).

luogo l'obbligo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte di Giustizia⁵⁰.

In sintesi, qualora un provvedimento amministrativo, ritenuto legittimo da una sentenza definitiva del giudice nazionale, si riveli confliggente con l'interpretazione della previsione del diritto dell'Unione Europea pertinente fornita successivamente dalla Corte di giustizia, tale provvedimento dovrà essere rivalutato dagli organi amministrativi statali anche a costo di incidere sul principio di certezza del diritto.

L'argomentazione richiama le questioni sorte sull'ammissibilità dell'esercizio di poteri di autotutela a fronte di un giudicato formatosi a seguito di sentenza di rigetto del giudice amministrativo; problema non univocamente risolto dalla giurisprudenza nazionale, nella quale residuano ancora dubbi sulla stessa configurabilità del giudicato sostanziale in tali casi⁵¹.

Secondo la Corte di giustizia ai fini del "diritto all'autotutela" non occorre che le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto europeo correlata alla sopravvenuta interpretazione: è sufficiente che la questione di diritto dell'Unione europea, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa "avrebbe potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo". Il c.d. diritto al riesame di un provvedimento amministrativo definitivo viene quindi configurato secondo una ricostruzione del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, per effetto della quale

⁵⁰ L'obbligo sussiste qualora ricorrano le seguenti circostanze: l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di riesaminare tale decisione; la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 267, par. 3, TFUE; l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza. In tal senso CGUE, sentenza 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, in Racc. 2004, p. I-837; CGUE 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kemper KG e Hauptzollamt Hamburg-Jonas*.

⁵¹ C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; A. TRAVI, *Il giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 912 ss.

il ricorrente, nella causa principale, non deve aver necessariamente invocato argomenti di diritto dell'Unione europea a sostegno delle censure proposte avverso il provvedimento amministrativo.

A sostegno del rinvio pregiudiziale richiesto, il T.a.r. rimettente invoca anche le pronunce della Corte di Giustizia che hanno rilevato l'anticomunitarietà dell'art. 2909 cod. civ., volto a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva. Pertanto, per effetto del primato del diritto UE, la norma nazionale che riconosce la forza di res iudicata alla sentenza in questione deve essere disapplicata dal giudice del rinvio⁵². Tale orientamento è stato ribadito dalla Corte di Giustizia in materia tributaria, fuori dal tema degli aiuti di Stato, in risposta ad un rinvio pregiudiziale della Cassazione italiana relativo al superamento del c.d. "principio della frammentazione dei giudicati"⁵³.

In forza di tali precedenti, il T.a.r. rimettente chiede alla Corte di giustizia l'applicazione del procedimento accelerato ai sensi dell'art. 105, par. 1 del relativo regolamento di procedura⁵⁴: a sostegno della richiesta sono invocate le sentenze della Corte, richiamate in motivazione, adottate "per vicende analoghe a quella oggetto del (presente) rinvio".

⁵² CGUE, 8 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* p. I-6199 G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2008, 515 s., afferma che la disapplicazione dell'art. 2909 cod. civ. costituisce un risultato « umiliante quanto abnorme » atteso che il nostro regime dell'atto amministrativo è del tutto conforme ai principi comunitari dell'equivalenza e dell'effettività.

⁵³ CGUE, Sez. II, 3 settembre 2009, C-2/08, *Fallimento Olimpiclub S.r.l.*

⁵⁴ A mente del quale: "Su domanda del giudice del rinvio o, in via eccezionale, d'ufficio, quando la natura della causa richiede un suo rapido trattamento, il presidente della Corte, sentiti il giudice relatore e l'avvocato generale, può decidere di sottoporre un rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in deroga alle disposizioni del presente regolamento".

Secondo il giudice rimettente la “natura” della causa e le correlate esigenze di rapido trattamento discenderebbero dalla stessa giurisprudenza del giudice europeo, dalla quale si evincerebbe un principio di diritto applicabile anche al caso in esame.

Non constano precedenti specifici sul procedimento pregiudiziale accelerato riferito alla giustizia amministrativa, ma possono assumere rilevanza due recenti casi in cui la Corte di giustizia ha rigettato le domanda di trattazione accelerata di questioni pregiudiziali poste da giudici ordinari⁵⁵. In entrambi i casi, con motivazione identica, il presidente della Corte ha ritenuto che il giudice del rinvio non avesse dimostrato l’urgenza di decidere la controversia.

Con l’evidente fine di limitare un abuso del rinvio accelerato, la Corte di Giustizia ha finora interpretato in modo restrittivo la sussistenza dei presupposti genericamente previsti dal proprio regolamento di procedura: né il rischio di perdite economiche, né il carattere economico o socialmente rilevante della causa principale integrano ex se l’urgenza straordinaria richiesta dalla norma⁵⁶. Anche il numero rilevante di persone o situazioni giuridiche potenzialmente interessate dalla decisione che il giudice del rinvio dovrà adottare dopo aver adito la Corte in via pregiudiziale non può costituire, come tale, una circostanza eccezionale tale da giustificare il ricorso ad un procedimento accelerato⁵⁷.

⁵⁵ Ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 1 ottobre 2010, *Affatato*, C-3/10, in *Racc.* 2010 I-121, su rinvio del Tribunale di Rossano: “Il giudice del rinvio, ritenendo che dette questioni richiedessero una risposta urgente da parte della Corte in considerazione, in particolare, del fatto che il diritto del lavoro mal si concilia con tempi lunghi di giudizio e della circostanza che un gran numero di controversie identiche sono pendenti dinanzi ai giudici nazionali, ha chiesto alla Corte di sottoporre questo rinvio pregiudiziale a procedimento accelerato, in applicazione dell’art. 104 bis, primo comma, del regolamento di procedura. (...) Il presidente della Corte ha respinto tale richiesta con ordinanza 16 marzo 2010, ritenendo non soddisfatte le condizioni previste da detto art. 104 bis, primo comma” (oggi art. 105 del nuovo regolamento di procedura della Corte di Giustizia). Riporta la stessa motivazione anche l’ordinanza del Presidente della Corte di giustizia 16 marzo 2010, *Vino*, C-20/10, in *Racc.* 2010 I-148, su rinvio del Tribunale di Trani.

⁵⁶ Ordinanze del Presidente della Corte 18 marzo 2005, causa C-11/05, *Friesland Coberco Dairy Foods*, punti 11 e 12; 23 gennaio 2007, causa C-467/06, *Consel Gi. Emme*, punto 8; 3 luglio 2008, causa C 201/08, *Plantanol*, punto 9, e 4 dicembre 2008, causa C-384/08, *Attanasio Group*, punto 11. Ordinanze del Presidente della Corte 24 settembre 2004, causa C-344/04, *IATA e ELFAA*, punto 9; 15 novembre 2005, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, punti 8 10; 8 novembre 2007, causa C-456/07, *Mihal*, punto 8, e 19 ottobre 2009, causa C-310/09, *Accor*, punto 10.

⁵⁷ Ordinanze del Presidente della Corte 21 settembre 2006, cause riunite C-283/06 e C-312/06, *KÖGAZ e a.*, punto 9; *Plantanol*, cit., punto 10; 3 dicembre 2008, cause riunite C-403/08 e C-429/08, *Football Association Premier League e a. e Murphy*, punto 9, nonché 23 ottobre 2009, causa C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie*, punto 11.

Anche le richiamate Raccomandazioni della Corte di giustizia ai giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale invitano ad un ricorso parsimonioso all'istituto, atteso che tale procedimento "impone vincoli rilevanti a tutti i partecipanti al medesimo e, in particolare, al complesso degli Stati membri invitati a presentare osservazioni, scritte o orali, in termini molto più brevi di quelli ordinari", sicché la sua applicazione dev'essere richiesta "solo in circostanze particolari, che giustifichino una rapida pronuncia della Corte sulle questioni proposte"⁵⁸.

Proprio perché le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio pregiudiziale devono consentire ai governi degli Stati membri nonché alle altre parti interessate di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto, la Corte deve provvedere affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della disposizione citata, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio. Quindi, è indispensabile che il giudice nazionale che solleva la questione fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme [dell'UE] di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

Non solo: quando la Corte è chiamata a decidere sulla domanda nell'ambito di un procedimento accelerato o di un procedimento d'urgenza, risulta "utile" che il giudice del rinvio indichi succintamente "il suo punto di vista sulla soluzione da dare alle questioni pregiudiziali sottoposte"⁵⁹.

Nel caso di specie, il giudice rimettente ha proposto e motivato la soluzione giuridica da fornire alle questioni pregiudiziali sollevate e si è espresso anche sulle ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione Europea di cui ha chiesto l'interpretazione e sul rapporto ritenuto sussistente fra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

⁵⁸ "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale" (2012/C 338/01), cit., punto 38

⁵⁹ "Raccomandazioni all'attenzione dei giudici nazionali", cit., punto 24.

Debole pare invece l'apparato motivazionale riguardo alle ragioni d'urgenza addotte a sostegno della richiesta del rito speciale, che discenderebbero da precedenti pronunce della Corte di giustizia. Se è vero che tali pronunce sono accomunate da una lettura "sostanziale" di alcuni istituti rilevanti in materia di contratti pubblici, è altresì vero che non si può desumere dalle stesse un principio di diritto che imponga ipso jure l'interpretazione suggerita dal richiedente. La vicenda controversa richiede peraltro una motivazione "rafforzata" sulla rilevanza della questione pregiudiziale, dovendo superare il giudicato del Consiglio di Stato, che si è espresso ritenendo integrata in maniera "plateale" una causa tassativa di esclusione, senza sollevare alcun dubbio sulla conformità di tale conseguenza rispetto alla fonte normativa dell'UE.

È noto del resto che il sindacato della Corte di Giustizia è anche di tipo fattuale, ripetendo essa la deliberazione già effettuata dai giudici amministrativi nazionali e valutando il comportamento complessivo dell'Amministrazione: si pensi alla asserita contrarietà al diritto dell'Unione europea di un atto amministrativo precedente ravvisata nel corso di una procedura di gara, con riferimento al quale la Corte di Giustizia ha esaminato la clausola all'origine della controversia e la relativa pubblicazione, le riserve in ordine alla legittimità della clausola comunicate dalla ricorrente all'autorità aggiudicatrice, la reazione di quest'ultima rinviando l'apertura delle offerte e richiedendo alle imprese interessate di trasmettere una documentazione completa⁶⁰.

Se la Corte deve dunque effettuare una ricostruzione della vicenda fattuale, nel caso prospettato, vertente sull'interpretazione della clausole di esclusione dalla gara e sull'ambito consentito dell'integrazione documentale, la stessa Corte dovrebbe essere chiamata a valutare il contenuto del disciplinare di gara, la documentazione presentata dall'impresa ricorrente, le successive dichiarazioni riguardanti il direttore tecnico, al fine di comprendere se dalla vicenda complessiva derivi una correzione formale o una integrazione sostanziale dei documenti presentati entro il termine decadenziale. Tale deliberazione fattuale dovrebbe poi

⁶⁰ Conclusioni dell'Avvocato Generale Siegbert Alber presentate il 7 febbraio 2002, Causa C-327/00, *Santex SpA c. Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*, par. 101.

essere rapportata al giudizio in diritto, comportando la valutazione in ordine al corretto, o meno, recepimento della disciplina sovranazionale ad opera del diritto interno, nella sua applicazione al caso in esame.

Proprio perché le precedenti pronunce della Corte di Giustizia invocate dal rimettente non consentono un'immediata soluzione della questione interpretativa, la rimessione non pare consentire l'accesso al rito accelerato, in difetto di una motivazione rafforzata sulle invocate ragioni d'urgenza, specie a fronte di un giudicato contrario del Consiglio di Stato, giudice di ultima istanza.

B) In altro caso il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione Sicilia ha rimesso alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'art. 267 TFUE, l'art. 99, comma 3, c.p.a., laddove stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'Adunanza Plenaria, nei casi in cui questi, investiti della trattazione della causa, dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'Adunanza plenaria e pertanto siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, una questione pregiudiziale alla CGUE per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione Europea⁶¹.

La Corte di Giustizia è stata anche investita della questione pregiudiziale se, qualora ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato possa sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla CGUE ovvero, in ogni caso in cui la CGUE si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, affermando

⁶¹ Cons. Giust. Amm., Sez. giurisd., Ordinanza 17 ottobre 2013 n. 848.

la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'Adunanza plenaria - ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per come interpretato dalla CGUE o se, invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'Adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla CGUE.

Infine è stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale concernente la compatibilità con il diritto comunitario di un sistema processuale che rimanda all'esclusiva valutazione della Adunanza Plenaria l'eventuale decisione in ordine ad un rinvio pregiudiziale, risultando più difficoltosa la corretta applicazione dei principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di appalti, riguardo l'esigenza che il diritto dell'Unione Europea riceva attuazione immediata da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in maniera conforme alla interpretazione stabilita dalla CGUE, anche ai fini della massima estensione dei principi del c.d. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione Europea sul diritto sostanziale e processuale interno del singolo Stato membro.

ADMINISTRATIVE JUSTICE AND PRELIMINARY REFERENCES

TO THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

ANNUAL REPORT – 2015 - ITALY

(June 2015)

Prof. Sergio FOÀ

CONTENTS

- 1. PRELIMINARY QUESTION OF INTERPRETATION AND JUDGMENT OF RELEVANCE**
- 2. PRECLUSIONS IN ADMINISTRATIVE TRIALS AND OBLIGATORY PRELIMINARY REFERENCE**
- 3. REPERCUSSIONS ON THE REASONABLE LENGTH OF TRIALS AND ON THE RESPONSIBILITY OF THE JUDGE IN THE EVENT OF FAILURE TO REFER**
- 4. THE RESPONSE OF THE COURT OF JUSTICE: THE REFERRAL JUDGE, “MASTER” OF THE RELEVANCE OF THE QUESTION**
- 5. PRELIMINARY RELEVANCE QUESTION AND FAIR COOPERATION AMONG JUDGES**

1. PRELIMINARY QUESTION OF INTERPRETATION AND JUDGMENT OF RELEVANCE

Over the last few years administrative justice has displayed an increasing interest in the use of references submitted for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (art. 267, par. 3, TFEU) and in current relations between the aforesaid institution and national procedural rules.

The Italian Council of State has even made use of the instrument in question for the very purpose of obtaining clarifications from the European judge regarding procedures relating to its practice, and regarding the scope of its own assessment of admissibility when request for referral is submitted by the claimant.

As a rule, requests formulated by the party to the proceedings oblige the supreme court judge to make preliminary reference when these concern questions of interpretation of European Union law, questions which are fundamental to making a ruling on the judgment, or questions not completely identical to others already ruled on by the Court of Justice, as well as questions on which the correct application of European Union law “is not so obvious as to leave no room for any reasonable doubt on the solution to be applied to the questions raised”.

The Italian administrative judge has, nonetheless, identified a possible conflict between the obligation to refer and national procedural rules which would render inadmissible questions submitted with insufficient relevance.

The Council of State criticises the formulating of questions in generic terms, or those referring to patently irrelevant European Union norms which would lead to a ruling of irrelevance or of inadmissibility or, alternatively, a complete reformulation of the interpretive question by the judge.

Other limits on preliminary reference derive from Italian procedural law: the generic nature of the normative parameter invoked; the improper use of the preliminary reference with which a solution to the specific case is asked of the Court of Justice; the formulation of questions using elements of the specific case, on occasion not reconstructed impartially; the confusing of question of “interpretation of European Union law” and application of the same law in the case at issue.

The Council of State ponders the scope of its own judgment of admissibility of the preliminary question and laments the reduction of its powers of evaluation (or of “filter”) vis-à-vis the claimant's request: preliminary reference could only be denied if the European Union Law norm is clear beyond all reasonable doubt.

Since art. 267, par. 3, TFEU establishes the obligation to refer if the party raises a preliminary question. It would appear that the national judge has no power to establish whether “the community law is clear” and raises no doubts over interpretation. Here, the Council of State could not therefore refuse a preliminary reference, as it could for a question of constitutional legitimacy.

In some cases the Court of Justice criticises the lack of relevance of the question which has in error been raised by the national judge.

It is not, however, clear what scope the national judge has to reject relevance, when to evaluate the relevance it is, in any event, necessary to establish whether European Union Law is applicable in the case at issue. Nor is it clear what the legal consequences are should the national judge reject the relevance of the question of interpretation of European Union law, having wrongly judged whether this is applicable or not to the case in point.

2. PRECLUSIONS IN ADMINISTRATIVE TRIALS AND OBLIGATORY PRELIMINARY REFERENCE

It is necessary to identify those principles of the Italian administrative trial which may come into conflict with the obligation to submit a preliminary reference to the Court of Justice.

A request for a preliminary ruling submitted by the appellant may be seen as grounds of appeal: “grounds of appeal” on the basis of national procedural rules. Thus, the evaluation of the very request for a preliminary ruling, constituting, as it does, “grounds of appeal”, must respect the principle of the specificity of the formulation (generic grounds are inadmissible), and that according to which grounds may not be altered once the proceedings are underway.

If the claimant wishes to challenge the administrative act contested as being in conflict with European Union Law, without treating the same criticism as “grounds of appeal”, at this point his conduct would be in violation of the principles of the Italian Administrative Trial Code.

The claimant would, in fact, be making improper use of the question of interpretation of EU law, without clarifying and defining the scope of the question submitted.

The query submitted to the European Union Judge produces a rigid alternative:

1) the primacy of EU law prevails over national procedural systems and thus dictates that the judge, even in infringement of national procedural rules, must interpret, amend and adapt the application by the party, in such a way that the preliminary query raised by the party complies with the relevant prerequisites, both in form and in substance;

2) or, alternatively, national procedural autonomy prevails and the judge may not correct and modify the application by the party or avoid undue reference without liability for violation of art. 267, par. 3, TFEU.

According to the Council of State, the obligation to submit a preliminary reference would not hinder critical evaluation, on the part of the *a quo* judge, of the question of interpretation of European Union law, permitting him to avoid referring the question should

he deem, on the basis of a parameter of reasonableness and professional diligence, that the European norm is “reasonably clear” and does not require further clarification.

There remains, however, doubt and interpretations conflict. The administrative judge, in an original way, formulates an alternative preliminary interpretive question. He drafts a “main” referral for the eventuality that the Court of Justice accepts the thesis of the “wide mesh filter” and in this instance the preliminary question is that formulated by the claimant. He also puts forward a “subordinate” question, as evidenced by the reformulation of the application by the party, drafted by the Council of State itself.

3. REPERCUSSIONS ON THE REASONABLE LENGTH OF THE TRIAL AND ON THE RESPONSIBILITY OF THE JUDGE IN THE EVENT OF FAILURE TO REFER

Other questions of interpretation concern the compatibility of the obligation to delay proceedings with the principle of reasonable length of trial, as ratified by Italian law, by European Union Law itself and by international conventional law. The administrative judge wishes to know whether a lengthening of trial duration may lead to the reference and preliminary ruling stage at the CJEU being excluded from the calculation of trial length.

Clarification is sought regarding instances in which failure to submit a preliminary reference would give rise to a “manifest violation of community law”, and whether this notion may be of different scope and application with regard to special proceedings against the State for “compensation for damage caused in the exercise of judicial functions and civil liability of judges” and of general proceedings against the State for violation of community law. Such clarification would go some way towards avoiding the situation where national judges, for fear of violating community law, burden the Court of Justice with merely “defensive” referrals designed to prevent civil liability suits against judges.

The Council of State is seeking clarifications, following the recent ruling by the Court of Justice challenging the validity of the Italian law on the civil liability of judges, deeming the limitations on liability provided for therein to be contrary to EU law.

The recent intervention by the Italian legislature to amend the regulations regarding the civil liability of judges confirms the concerns of the Council of State, where it states that “in the event of a manifest violation of European Union law one must also take into account not only the non-observance of the obligation to submit a preliminary reference in accordance with article 267, paragraph three, of the Treaty on the Functioning of the European Union, but also the conflict of the act or provision with the interpretation expressed by the Court of Justice of the European Union”.

4. THE RESPONSE OF THE COURT OF JUSTICE: THE REFERRAL JUDGE, “MASTER” OF THE RELEVANCE OF THE QUESTION

With regard to the evaluation of the relevance of the question of interpretation, the national judge is *master*. There remain doubts on the scope of such an evaluation, also in terms of the applicability of the European norm to the judgment pending to which the party to the proceedings makes reference. The Italian administrative judge is bound by the grounds of the parties, and this may therefore induce the judge himself, in debatable cases, to extend the range of preliminary reference; above all with regard to the framing of the specific case with regard to the specific case outlined by the supranational source.

The crucial point regards the use of the preliminary reference as grounds of appeal, regulated by national procedural norms on application by the party.

The Court of Justice itself has, in the last few years, stated that the dispositive principle in the administrative trial forbids the national judge to raise on his own initiative grounds founded on the violation of community norms, without this conflicting with the principles of equivalence and effectiveness of legal protection. This does not preclude the

administrative judge from raising questions on his own initiative provided that the principle of the adversarial process is respected.

The European Union judge reiterates that the identification and formulation of questions to be submitted to the CJEU are a matter for the national judge, and that the litigating parties in the main proceedings may not modify their scope. The national judge is at liberty to invite the litigating parties to suggest formulations in the drafting of the preliminary questions but only the judge himself may decide on the form and content of the questions.

The Court of Justice expresses itself tersely on “national procedural rules”, which the Council of State had invoked “without, however, clarifying their exact scope”: for the Court it is sufficient to call to mind that “such norms cannot reduce the competence and the obligations incumbent upon a national judge in his capacity as judge of referral in accordance with article 267 TFEU”.

Such an interpretation allows the Court of Justice to avoid tackling any possible effect of the principle of reasonable length of trial, since the question was only formulated for the eventuality in which article 267 TFEU should be taken to mean that it imposes upon the national supreme court judge an unconditional obligation to submit a preliminary reference of a question of interpretation of the law of the Union, raised by one of the litigating parties.

5. PRELIMINARY RELEVANCE QUESTION AND FAIR COOPERATION AMONG JUDGES

Even before the pronouncement of the Judge of the European Union in response to the queries formulated, Section V of the Council of State rejected any notion of the existence of an obligation to refer to the Court of Justice the question of interpretation of a community norm, when this is not deemed relevant in coming to a ruling, or when it deems that an *acte clair* is present, which, in light of the existence of previous rulings of the Court, or of the

obviousness of the interpretation, renders preliminary reference superfluous (or not obligatory).

In this case too, nonetheless, the administrative judge was able to establish the irrelevance of the question put forward, it not being relevant in terms of the *thema decidendum*, without, however, touching on the problem of the use of the preliminary reference as grounds of appeal.

In one case, indeed, the prerequisites to raise a question for preliminary reference before the Court of Justice in relation to compatibility of the measures with the founding treaty. In a further case, refusal to refer was based on the “clarity, unequivocal nature and patency of a correct application of community law”.

Finally the Council of State has ruled out the existence of an unconditional right of individual citizens always to see a preliminary question of interpretation on the part of a supreme court raised.

The Court of Justice's sensibilities have changed somewhat as regards the admissibility of preliminary references not adequately justified.

Criticisms concern the formerly “generous approach” of the Court in assessing the admissibility of requests, which begs the question as to whether the Court “ought not now adopt a more rigorous approach to the matter”. The extension of the jurisdiction of the Court following the coming into force of the Treaty of Lisbon, as well as the expansion of the European Union in the last decade, might diminish the efficiency of European justice.

In 2014 there were almost 40 lawsuits in which the Court rejected requests for preliminary rulings due to inadmissibility or to patent absence of jurisdiction. In an equally significant number of lawsuits, the requests of the national judges were, in part, rejected for the same reasons. Orders for referral are frequently groundless in terms of the relevance of the European provisions relating to the referral judgment, while judges, on the contrary, often have doubts about the compatibility of national normative provisions with Union law,

without, however, identifying any specific EU provision as a parameter for the assessment of relevance.

The more rigorous approach assumed by the Court of Justice is founded on art. 19, par. 1, TEU, which designates as custodians of the respect for the judicial and jurisdictional systems of the EU both the Courts and the jurisdictional organs of the Member States.

The principle of fair cooperation among judges must therefore apply in a reciprocal way: if the national judge is *master* of the evaluation of preliminary question of relevance, he must also be aware of the limits which the Treaties place on the scope of the Court of Justice.

In these terms, the assessment of relevance, which the administrative judge has also reclaimed in the supreme administrative court on questions raised by the parties, necessitates greater care in the formulation of queries for the Court of Justice, in view of the latter's increased rigor in evaluating whether to accept preliminary references.