

**N° 351582**

**Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques  
et Union nationale lycéenne**

**Assemblée**

**Séance du 23 mai 2014**

**Lecture du 6 juin 2014**

## **CONCLUSIONS**

**M. Rémi KELLER, rapporteur public**

À la suite des « États généraux sur la violence à l'école » qui se sont tenus en avril 2010, le gouvernement a pris le 24 juin 2011 un décret en Conseil d'Etat relatif à la discipline dans les établissements d'enseignement du second degré, qui modifie plusieurs dispositions du code de l'éducation. La Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques (FCPE) et l'Union nationale lycéenne, dont l'intérêt pour agir n'est pas contestable, vous demandent d'annuler certaines dispositions de ce décret. Elles en avaient également demandé la suspension, qui leur a été refusée, faute de moyen sérieux, par une ordonnance du 29 août 2011 du juge des référés du Conseil d'État.

Cette affaire soulève des questions importantes sur le droit des sanctions disciplinaires, qui justifient qu'elle soit directement soumise à votre assemblée. Les plus délicates portent sur la place du principe de l'opportunité des poursuites dans la hiérarchie des normes et sur l'applicabilité aux sanctions disciplinaires du principe de légalité des délits issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDH).

Les critiques des requérants sont essentiellement dirigées contre les articles 3 et 9 du décret.

**I. – 1.** Voyons d'abord le moyen dirigé contre l'article 9, car il sera vite écarté.

Cet article institue dans chaque établissement une commission éducative chargée d'examiner la situation des élèves dont le comportement est jugé « inadapté aux règles de vie dans l'établissement » et de « favoriser la recherche d'une réponse éducative personnalisée ». L'article précise que la commission, « *présidée par le chef d'établissement ou son représentant, comprend notamment des personnels de l'établissement, dont au moins un professeur, et au moins un parent d'élève.* » Pour le reste, le décret renvoie au conseil d'administration le soin d'arrêter la composition de la commission.

Les requérants soutiennent qu'en n'attribuant aucun siège aux représentants des élèves, ces dispositions méconnaissent un « droit de participation » des élèves aux organes des établissements du second degré – droit garanti, vous disent-ils, par les articles L. 111-3 et L. 511-2 du code de l'éducation.

Mais ces deux articles ne garantissent rien de tel : l'article L. 111-3 prévoit que les élèves font partie de la communauté éducative, et l'article L. 511-2 affirme leur liberté d'information et d'expression. En tout état de cause, l'article 9, qui ne fixe pas la liste limitative des membres de la commission, ne fait pas obstacle à ce que des élèves viennent y siéger.

2. Les requérantes critiquent surtout l'article 3 du décret, qui prévoit à son II que le chef d'établissement « *est tenu (...) d'engager une procédure disciplinaire (...) lorsque l'élève est l'auteur de violence verbale à l'égard d'un membre du personnel de l'établissement* » ou lorsqu'il « *commet un acte grave à l'égard d'un membre du personnel ou d'un autre élève* », ou encore « *lorsqu'un membre du personnel de l'établissement a été victime de violences physiques* ».

Les requérants soulignent d'abord que les notions de « violence verbale » et d'« acte grave » sont imprécises. Ils en déduisent que le texte méconnaît l'obligation de clarté et de prévisibilité des infractions qui découle de l'article 8 de la DDH. Le Conseil constitutionnel juge en effet que le principe de légalité des délits issu de l'article 8 implique que les éléments constitutifs des infractions soient définis « en des termes clairs et précis »<sup>1</sup>. Vous avez vous-même repris cette règle dans votre décision *Sté Prigest* du 9 octobre 1996 (t. p. 690), à propos d'une sanction infligée par la Commission des opérations de bourse.

L'article serait également contraire, pour la même raison, à l'article 6§3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui stipule, à son a), que « *tout accusé a droit (...) à être informé (...) d'une manière détaillée de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* ». Enfin, le texte méconnaîtrait aussi l'article 7§1 de la convention, qui, sous l'intitulé « *Pas de peine sans loi* », consacre le principe de la légalité des délits<sup>2</sup> : « *Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international* ».

## II. - La question de la Convention européenne soulève peu de difficultés.

1. S'agissant de l'article 6§3, il ne s'applique qu'à la matière pénale au sens de la Convention. Or, il ne fait aucun doute que les sanctions infligées aux élèves, même la plus sévère - c'est-à-dire l'exclusion de l'établissement -, n'ont pas un caractère pénal au sens de la Convention européenne. La Cour de Strasbourg n'a pas encore eu l'occasion de l'affirmer, mais il suffit, pour s'en persuader, de se référer à sa jurisprudence sur les sanctions disciplinaires infligées aux agents publics : aucune ne relève de la matière pénale, même les plus lourdes telles que la révocation ou la mise à la retraite d'office.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> N° 84-183 DC, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, cons. 12 ; également : n° 86-213 DC du 3 septembre 1986 ; n° 96-377 DC du 16 juillet 1996 ; n° 98-399 DC du 5 mai 1998.

<sup>2</sup> Comme le dit la cour de Strasbourg elle-même : 25 mai 1993 *K... c/ Grèce*, § 52.

<sup>3</sup> Pour une révocation : 2 juillet 2009, *I... et autres c. Bulgarie*, n° 23530/02 ; 14 janv. 2010, *V... c. Croatie*, n° 29889/04 ; pour une mise à la retraite d'office : 13 septembre 2007, *M... c. France*, n° 27521/04.

Les sanctions infligées aux élèves n'entrent sans doute même pas dans le volet civil de la convention – une question qui ne vous est pas posée mais à laquelle la Cour de cassation et plusieurs cours administratives d'appel ont apporté une réponse négative.<sup>4</sup>

2. La nature disciplinaire des sanctions vous conduit également à écarter le moyen tiré de l'atteinte à l'article 7§1 de la convention, alors même que la notion de « peine » qu'il comporte a une portée autonome qui la distingue de la matière pénale au sens de l'article 6.<sup>5</sup>

Ainsi, dans une affaire *B... c. Royaume-Uni* du 24 novembre 1998 (n° 38644/97), à propos d'une amende, la Cour de Strasbourg s'est fondée « sur la nature essentiellement disciplinaire des accusations » pour juger que la sanction n'avait pas un caractère pénal au sens de l'article 7. Dans un arrêt *C... c. Portugal* du 9 décembre 1999 (n° 44135/98), elle a jugé que la suspension disciplinaire pour une durée de deux ans infligée à une enseignante n'entraînait pas dans le champ de l'article 7. Enfin, vous avez-vous-mêmes jugé qu'un fonctionnaire ne pouvait utilement invoquer la méconnaissance de cet article à l'encontre d'une révocation (25 novembre 1992, *D... (n° 90927)*, t. p. 696).

Vous pourrez donc écarter, dans ses deux branches, le moyen tiré de la méconnaissance de la Convention européenne.

**III.** - Beaucoup plus sérieuse est la question de la violation du principe de légalité des délits issu de l'article 8 de la DDH, dont nous rappelons les termes : « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.* »

Vous pourriez esquiver la question en disant qu'« en tout état de cause » le décret ne définit aucune infraction. On peut en effet interpréter l'article 3 comme imposant au chef d'établissement d'engager des poursuites lorsqu'il constate non pas des *infractions*, mais seulement des *faits* de violence verbale ou d'acte grave. C'est ensuite que ces faits recevront éventuellement une qualification fautive permettant de les sanctionner.

Mais cette interprétation ne va pas de soi, car si la notion d'« acte grave » est particulièrement vague et pourrait se rattacher à bien des comportements différents, la notion de « violence verbale », en revanche, est suffisamment précise pour être regardée comme une infraction justifiant la sanction. Quoiqu'il en soit, la question de l'application de l'article 8 de la DDH aux sanctions disciplinaires donne lieu à des débats récurrents, et cette affaire donne l'occasion à la plus haute formation contentieuse du Conseil d'État de lui apporter une réponse très attendue par la doctrine.<sup>6</sup> Et cette réponse nous paraît d'autant plus nécessaire que votre jurisprudence actuelle n'est pas en harmonie avec celle du Conseil constitutionnel.

1. En ce qui concerne le principe de légalité des peines (*nulla poena sine lege*), la jurisprudence est claire : vous jugez depuis longtemps qu'il est applicable à toute sanction,

<sup>4</sup> Cass. civ. 1, *T...*, 11 mars 2010, n° 09-12453 ; CAA Lyon, 13 janvier 2004, *A...*, 01LY02675 ; 19 décembre 2006, *A...*, n° 06LY01365 ; CAA Nancy, 24 mai 2006, *B...*, N° 05NC01284 ; CAA Versailles, 2 juillet 2009, *W... et autres*, n° 08VE00134.

<sup>5</sup> Par exemple CEDH, 17 septembre 2009, *S... c. Italie*, cons. 96.

<sup>6</sup> Pour un exemple récent : J. Petit, *La rétroactivité in mitius*, AJDA 2014, p. 486.

sans éprouver la nécessité de le rattacher à l'article 8 de la DDH (11 mars 1938, *Hirigoyen*, p. 255).<sup>7</sup>

Les sanctions infligées aux élèves n'échappent certainement pas à cette règle même si vous n'avez pas encore eu l'occasion de l'affirmer. Et la règle se trouve satisfaite puisque l'article R. 511-13 du code de l'éducation<sup>8</sup> énumère les sanctions susceptibles de leur être infligées : elles vont de l'avertissement à l'exclusion définitive.

Votre jurisprudence est plus complexe en ce qui concerne le principe de légalité des délits (*nullum crimen sine lege*). Vous avez longtemps jugé qu'il ne s'imposait qu'aux sanctions pénales<sup>9</sup>. Mais vous avez évolué sous l'influence du juge constitutionnel.

Le Conseil constitutionnel a en effet jugé, dans sa décision *Loi de finances rectificatives pour 1982* du 30 décembre 1982, que l'article 8 de la DDH s'appliquait « à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ». <sup>10</sup> La même formule a été reprise dans la décision *Liberté de communication* du 17 janvier 1989.

Mais lorsqu'il s'applique à la matière administrative, l'article 8 de la DDH n'a pas la même portée qu'en droit pénal. La décision *Liberté de communication* indique en effet « qu'appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements ». <sup>11</sup>

Vous inscrivant dans cette lignée, vous avez appliqué pour la première fois le principe de légalité des délits à une sanction professionnelle, par votre décision *Sté Prigest* du 9 octobre 1996 (t. p. 690), à propos d'une sanction infligée par la Commission des opérations de bourse. Vous avez confirmé cette solution, notamment par l'arrêt d'assemblée du 7 juillet 2004 *Min. intérieur c/ B...* <sup>12</sup> (n° 255136), qui concernait le retrait de la carte professionnelle de taxi. <sup>13</sup> Et votre assemblée a suivi le Conseil constitutionnel pour dire que les sanctions administratives pouvaient être définies « par référence aux obligations auxquelles est soumise

<sup>7</sup> Egalement : sect. 5 janvier 1945, *Le Bayon* p. 6 ; sect., 22 mars 1987, *Min. travaux publics c/ Clausi*, p. 198 ; ass., 6 mars 1959, *Syndicat des grandes pharmacies de la région de Paris*, p. 164 ; pour une sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire : ass., 30 mars 1962, *Bertaux*, p. 237 ; pour un militaire : 9 avril 2010, *M...*, n° 312251, aux tables pour un autre motif. En l'absence d'échelle légale de sanctions, l'autorité ne peut prononcer que l'éviction du service (ass., 18 avril 1947, *Jarrigion*, p. 148).

<sup>8</sup> A l'exception des crimes et des délits, les peines peuvent être définies par un texte réglementaire (CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Conseil supérieur de l'audiovisuel*).

<sup>9</sup> Sect., 8 mars 1957, *Fédération nationale des syndicats du personnel des industries électriques et gazières CFTEC*, p. 156 ; pour le juge judiciaire : Chambres réunies, 9 nov. 1852, Sirey 1858.I.609.

<sup>10</sup> Décision n° 82-155 DC du 30 décembre 1982, cons. 32 et 33.

<sup>11</sup> 17 janvier 1989, n° 88-248 DC, *Liberté de communication*, rec. p. 215, cons. 35/36 ; également : 28 juillet 1989, n° 89-260, *Sécurité et transparence du marché financier*, rec. p. 672, cons. 18 ; 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *Egalité des chances*, cons. 36.

<sup>12</sup> P. 297, avec les conclusions de Mattias Guyomar.

<sup>13</sup> Egalement : 17 novembre 2004, *Sté marseillaise de crédit*, n° 234907, pour une sanction infligée à un établissement bancaire par le conseil de discipline de la gestion financière ; 11 janvier 2008, *Sté Route Logistique Transport*, n° 298497, pour le retrait d'une licence de transport ; 7 juin 2010, *Centre hospitalier de Dieppe*, p. 192, pour les sanctions infligées aux établissements de santé ; 18 février 2011, *Banque d'Orsay et autres*, t. p. 788, pour les sanctions infligées par l'Autorité des marchés financiers ; 16 juillet 2012, *Caisse de crédit agricole des Deux-Savoie*, n° 358649, pour une amende fiscale à un établissement bancaire. Le principe a été étendu aux sanctions administratives générales (pour un retrait de points : 4 octobre 2010, *R...*, n° 341845, aux tables pour un autre motif).

*une personne en raison de l'activité qu'elle exerce, de la profession à laquelle elle appartient ou de l'institution dont elle relève ».*

Une nouvelle étape a été franchie avec l'arrêt de section *P...* (n° 311641) du 12 octobre 2009<sup>14</sup>, qui étend le principe de légalité des délits aux sanctions disciplinaires infligées aux membres des professions réglementées<sup>15</sup>. Là encore, vous avez précisé que la référence à des obligations de caractère général était suffisante. Vous avez ainsi rompu avec votre doctrine traditionnelle selon laquelle les sanctions disciplinaires ne sont pas soumises au principe de légalité des délits<sup>16</sup> car « *elles s'appliquent à l'intérieur de sphères déterminées et en vertu de règles spécifiques tenant au respect de la déontologie professionnelle* », comme le disait en 1994 le rapport public du Conseil d'État consacré aux pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions.<sup>17</sup> Poursuivant dans cette voie, vous avez jugé récemment que l'article 8 de la DDH s'appliquait aux sanctions disciplinaires infligées par les fédérations sportives (21 octobre 2013, *O...*, n° 367107, qui sera mentionné aux tables).

2. Mais vous avez toujours refusé d'appliquer le principe de légalité des délits aux sanctions disciplinaires infligées par l'administration, du moins pour ce qui concerne les agents publics - car, à notre connaissance, vous n'avez jamais été saisi de la question à propos des sanctions infligées aux élèves des établissements scolaires. S'agissant des agents publics, votre position a été confirmée par la décision *M...* (312251) du 9 avril 2010 (t. p. 825), à propos d'une sanction infligée à un militaire.

Les raisons de vos réticences sont bien connues, et elles peuvent éclairer votre réflexion sur les sanctions infligées aux élèves, car toutes se rattachent à la nature particulière du pouvoir disciplinaire de l'administration : ce pouvoir découle de l'existence d'un lien de subordination, à tel point qu'il est parfois qualifié de « simple prolongement du pouvoir hiérarchique ». Comme le disait Mattias Guyomar en concluant sur l'affaire *Petit*, le pouvoir disciplinaire de l'administration « *n'a d'autre objet que d'assurer le bon fonctionnement de l'institution dans laquelle s'est noué le lien de subordination préalable.* » C'est pourquoi vous admettez qu'un agent puisse être sanctionné en raison d'un comportement général, et pas seulement pour avoir méconnu une règle particulière.<sup>18</sup>

Or, ce raisonnement mérite d'être réexaminé au regard de l'évolution de votre jurisprudence sur les sanctions et, surtout, au regard des décisions du juge constitutionnel.

Ces dernières années, vos plus hautes formations de jugement se sont attachées à renforcer les garanties des personnes sanctionnées. Vous avez ainsi décidé d'approfondir le contrôle de la gravité de la sanction, d'abord avec l'arrêt de section *A...*, n° 272650 du 22 juin 2007<sup>19</sup>, qui consacre le passage au contrôle normal des sanctions infligées aux membres des professions réglementées, ensuite avec l'arrêt d'assemblée *Sté ATOM* du 16 février 2009<sup>20</sup>, en exerçant un contrôle de plein contentieux sur les sanctions infligées aux administrés non

<sup>14</sup> P. 367, avec les conclusions de Mattias Guyomar.

<sup>15</sup> A propos d'une sanction infligée par le Haut conseil du commissariat aux comptes ; voir également, pour une sanction disciplinaire infligée à un pharmacien : 2 juillet 2010, *S...* (n° 316858), t. p. 962 ; raisonnement appliqué par le Conseil constitutionnel aux vétérinaires : n° 2011-199 QPC du 25 novembre 2011, *Discipline des vétérinaires*, cons. 6 et 7.

<sup>16</sup> Par exemple 30 mars 2005, *V...*, n° 254244.

<sup>17</sup> Publié à *La Documentation française*.

<sup>18</sup> Cf. la *Chronique de jurisprudence* de S.J. Lieber et D. Botteghi consacrée à l'arrêt *P...*, *AJDA* 2009, p. 2163.

<sup>19</sup> P. 263, avec les conclusions de Mattias Guyomar.

<sup>20</sup> P. 25, avec les conclusions de Claire Legras.

usagers du service public<sup>21</sup>, enfin avec l'arrêt d'assemblée *D...*, n° 347704 du 13 novembre 2013<sup>22</sup>, qui consacre le passage au contrôle normal des sanctions infligées aux agents publics.<sup>23</sup>

Votre jurisprudence a également évolué à propos des règles du procès équitable du 1<sup>er</sup> § de l'article 6 de la Convention européenne. Vous avez d'abord appliqué ces règles aux sanctions infligées par les juridictions disciplinaires (ass., 14 février 1996, *M...*, n° 132369)<sup>24</sup>, puis aux sanctions des fonctionnaires (23 février 2000, *L...*, n° 192480, p. 101)<sup>25</sup>, ensuite aux magistrats (12 décembre 2007, *S...*, t. p. 853), et enfin aux détenus (20 février 2013, *T...*, n° 364081)<sup>26</sup>.

Cette évolution générale n'a pas épargné les établissements scolaires. Ainsi, par une décision *Ligue islamique du Nord et époux C...* du 27 novembre 1996 (p. 461), vous avez exercé un contrôle normal sur la sanction infligée à un élève qui avait manifesté ses convictions religieuses d'une façon excessive.<sup>27</sup>

Les élèves des lycées et des collèges sont en effet des sujets de droit à part entière, auxquels sont applicables les grandes règles du droit disciplinaire, comme en témoigne l'existence du décret du 18 février 1991 relatif aux droits et obligations des élèves, désormais codifié. Ainsi, l'article D. 511-32 du code de l'éducation impose à l'administration d'informer l'élève, dès le début de la procédure, des faits qui lui sont reprochés, et les articles suivants prévoient le respect des droits de la défense, le principe du contradictoire, l'obligation de secret des membres du conseil de discipline et la notification immédiate de la sanction à l'élève et à son représentant.

Il y a également une circulaire du 1<sup>er</sup> août 2011 du ministre de l'éducation nationale, qui indique que la procédure disciplinaire est soumise au respect des principes généraux du droit, et elle cite le respect du contradictoire, la proportionnalité et l'individualisation de la peine, la motivation de la sanction et - ce qui vous intéressera particulièrement - le « principe de légalité des fautes et des sanctions », en se référant au règlement de l'établissement.

3. Mais si nous croyons que votre jurisprudence sur la légalité des délits doit évoluer, c'est surtout parce qu'elle se heurte à celle du juge constitutionnel, qui affirme que l'article 8 de la DDH s'applique à toute sanction « *ayant le caractère d'une punition* ».

Bien entendu, rien ne vous interdit d'interpréter la Constitution - vous le faites depuis deux siècles. Mais l'exercice est rendu plus périlleux depuis que la question prioritaire de constitutionnalité vous expose à être démentis par les juges de la rue Montpensier. Or, si la sanction disciplinaire a un objectif général visant à préserver l'ordre au sein du groupe qu'elle

<sup>21</sup> Solution appliquée aux retraits de points des automobilistes : 9 juillet 2010, *B...*, p. 287.

<sup>22</sup> N° 347704, à nos conclusions.

<sup>23</sup> Egalement, pour le contrôle normal : 27 mai 2009, *H...*, p. 207, pour les sanctions infligées aux magistrats ; 2 mars 2010, *D...*, p. 65, pour la révocation d'un maire ; 2 mars 2010, *Fédération française d'athlétisme*, t. p. 925, pour les sanctions infligées par une fédération sportive pour faits de dopage.

<sup>24</sup> P. 34, avec les conclusions de Marc Sanson. Egalement, pour les sanctions infligées par le CNESER aux étudiants : 3 novembre 1999, *Z...*, p. 341.

<sup>25</sup> Ab. jur. *Notin*, 28 septembre 1998, t. p. 907.

<sup>26</sup> Solution *a contrario*, à mentionner aux tables.

<sup>27</sup> Le fichage limite cette solution à ce cas de figure particulier.

régit, elle présente évidemment le caractère d'une punition à l'égard de la personne qu'elle frappe.<sup>28</sup>

Si le juge constitutionnel a estimé utile de préciser que l'article 8 s'appliquait aux sanctions « ayant le caractère d'une punition », ce n'était pas pour réserver le cas des sanctions disciplinaires : c'est parce qu'il avait le souci, à l'époque, de distinguer, à propos des sanctions fiscales, entre la sanction elle-même et la réparation du préjudice subi par le Trésor en raison du retard mis par le contribuable à s'acquitter de sa dette<sup>29</sup>. Par la suite, le Conseil constitutionnel a jugé que ne constituaient pas des sanctions ayant le caractère d'une punition des mesures telles qu'une majoration de cotisation sociale (29 juillet 1992, n° 92-311 DC, cons. 6), une astreinte (13 mars 2003, n° 2013-467 DC, cons. 5), ou encore le non-remboursement des dépenses électorales aux candidats n'ayant pas respecté les règles de la campagne (8 avril 2011, n° 2011-117 QPC, cons. 10).<sup>30</sup>

Vous avez, vous aussi, dans un avis de section *H...*, n°176611 du 5 avril 1996<sup>31</sup>, confirmé que les sanctions fiscales entrent dans le champ de l'article 8 dès lors qu'elles n'ont pas pour objet la seule réparation d'un préjudice pécuniaire, mais « *qu'elles présentent le caractère d'une punition tendant à empêcher la réitération des agissements qu'elles visent* ». <sup>32</sup>

Le Conseil constitutionnel n'a donc jamais entendu affranchir la matière disciplinaire du principe de la légalité des délits. Il l'a d'ailleurs appliqué à la révocation d'un maire par décret en Conseil des ministres, dans sa décision n° 2011-210 QPC du 13 janvier 2012. L'article 8 a ensuite été appliqué à la perte de grade infligée à un militaire à la suite d'une condamnation pénale<sup>33</sup> et, tout récemment, le 28 mars dernier, aux sanctions disciplinaires des officiers publics ou ministériels - notaires, huissiers de justice et commissaires-priseurs<sup>34</sup>.

Le principe de légalité des délits semble aussi s'appliquer aux sanctions infligées aux salariés par l'employeur. Le Conseil constitutionnel a en effet jugé, par la décision *Loi pour l'égalité des chances* du 30 mars 2006, que le licenciement disciplinaire d'un salarié devait faire l'objet d'une procédure contradictoire préalable.<sup>35</sup> Or, toujours selon le Conseil, la procédure contradictoire ne s'impose que « pour les décisions prononçant une sanction ayant le caractère d'une punition »<sup>36</sup>.

Nous observons d'ailleurs que quelques décisions inédites de vos formations de jugement sont venues « démentir discrètement » - pour reprendre l'expression employée par Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt de section *Lebon* du 9 juin 1978 (p. 245) – la théorie selon laquelle l'existence d'un lien de subordination justifierait de ne pas appliquer la légalité des délits.

<sup>28</sup> La sanction disciplinaire est destinée « à réprimer une infraction à des obligations professionnelles » (R. Odent, *Contentieux administratif*, p. 2099).

<sup>29</sup> Distinction déjà présente dans la décision n° 82-155 DC *Loi de finances rectificative pour 1982*, 30 déc. 1982, cons. 34.

<sup>30</sup> Voir respectivement 29 juillet 1992, n° 92-311 DC, cons. 6 ; 13 mars 2003, n° 2013-467 DC ; 8 avril 2011, n° 2011-117 QPC, cons. 10 ; également, pour la suspension du conseil d'administration d'un organisme collecteur du « 1% logement » (12 juillet 2013, n° 2013-332 QPC).

<sup>31</sup> P. 116, conclusions Jacques Arrighi de Casanova.

<sup>32</sup> Raisonement déjà présent dans *G...*, 9 novembre 1988 (CE, plén. fiscale, p. 403), à propos de l'application aux majorations fiscales de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des décisions administratives.

<sup>33</sup> Décision n° 2011-218 QPC du 3 février 2012, cons. 5 et 6.

<sup>34</sup> Décision n° 2014-385 QPC du 28 mars 2014, cons. 4 et 5.

<sup>35</sup> 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, rec. p. 50, cons. 24.

<sup>36</sup> Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, rec. p. 145, cons. 40.

Ainsi, par une décision *O...* du 16 mai 2012 (n° 365924), votre 4<sup>e</sup> sous-section a jugé que ce principe était applicable aux enseignants-chercheurs - qui sont soumis à l'autorité du chef d'établissement. De même, une décision *B...* du 5 juillet 2013 (n° 368085), de vos 2<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> sous-sections réunies, applique l'article 8 de la DDH à une sanction infligée à un fonctionnaire de la Ville de Paris. Enfin, par une décision *Section française de l'observatoire international des prisons* du 21 octobre 2011 (n° 332707), les 6<sup>e</sup> et 1<sup>e</sup> sous-sections réunies ont appliqué la légalité des délits à une sanction infligée à un détenu.

Or, les élèves des lycées et des collèges appartiennent à la même catégorie juridique que les détenus : ils sont des « usagers contraints du service public », pour reprendre l'expression de Mattias Guyomar dans ses conclusions sur l'arrêt de section *P...* (n°311641).

IV. – Vous pourriez craindre que l'extension du champ de l'article 8 de la DDH aux sanctions disciplinaires n'exige de leur appliquer aussi la rétroactivité *in mitius*, ce qui non seulement est contraire à votre jurisprudence sur les sanctions disciplinaires (8 novembre 1999, *G...*, t. p. 619)<sup>37</sup>, mais impliquerait, selon certains, que le juge administratif se prononce en plein contentieux. Ce raisonnement semble avoir inspiré l'arrêt d'assemblée *Sté ATOM* déjà cité du 16 février 2009 - bien que l'arrêt ne le dise pas expressément.<sup>38</sup> Or, votre assemblée a jugé il y a seulement six mois, par l'arrêt *D...* (n° 347704) du 13 novembre 2013, que les sanctions infligées aux agents publics faisaient l'objet d'un contrôle normal d'excès de pouvoir.

Signalons au passage que cette objection ne vous a pas arrêtés pour juger que l'article 8 de la DDH s'appliquait aux sanctions infligées par les fédérations sportives (21 octobre 2013, *O...* (n° 367107), qui sera mentionné aux tables), alors que leur contestation relève de l'excès de pouvoir (*Fédération française d'athlétisme*, 2 mars 2010, t. p. 894).

En tout état de cause, l'objection ne nous paraît pas fondée, car non seulement l'article 8 n'implique pas nécessairement d'appliquer la loi répressive plus douce, mais même si tel était le cas, vous pourriez le faire en qualité de juge de l'excès de pouvoir.

1. D'abord, la règle de la rétroactivité *in mitius* ne découle pas nécessairement de l'article 8 de la DDH.

Certes, dans sa décision « *Sécurité et liberté* » du 20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel a jugé que le principe de nécessité des peines posé à l'article 8 de la DDH imposait d'appliquer la loi nouvelle plus douce aux infractions commises avant son entrée en vigueur.<sup>39</sup> Mais a toujours pris le soin, lorsqu'il énonçait cette règle, de préciser qu'elle concernait la loi « pénale » plus douce. Et force est de constater que la règle ne figure pas dans sa décision du 17 janvier 1989 sur le Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui définit le socle minimal des conséquences de l'article 8 de la DDH : la décision juge qu'il résulte de l'article 8, « *comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, qu'une peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité*

<sup>37</sup> Aux conclusions contraires de F. Salat-Baroux. En revanche, le principe est applicable aux sanctions administratives (17 mars 1997, *Office des migrations internationales*, p. 86 ; 17 nov. 2006, *Sté CNP Assurances*, p. 473 ; 16 nov. 2007, *Cie aérienne Iberia*, n° 289184 ; avis du 27 mai 1993, *Etudes et documents du Conseil d'Etat* 1993, p. 342.

<sup>38</sup> Voir également la rédaction de l'avis *B...* du 9 juillet 2010, p. 287.

<sup>39</sup> N° 80-127 DC, cons. 75 ; également : n° 87-237 DC du 30 décembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, cons. 15.

*des délits et des peines, le principe de nécessité des peines<sup>40</sup>, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe du respect des droits de la défense ».*

Autrement dit, en matière de rétroactivité, la DDH impose seulement de ne pas faire application de la loi d'incrimination plus sévère - ce qui est en harmonie avec votre jurisprudence puisque vous avez toujours admis qu'une personne ne pouvait être sanctionnée pour des faits qui ne constituaient pas une infraction au moment où ils ont été commis (section, 19 mai 1948, *Sté des Laminoirs Saint-Victor*, p. 220<sup>41</sup>). L'assemblée du Conseil d'État avait elle aussi considéré, dans un avis publié du 27 mai 1993, que le principe de l'application immédiate de la loi pénale plus douce ne s'appliquait qu'« *en l'absence d'une disposition législative expresse destinée à écarter ou à aménager l'application de ce principe au nom de considérations d'intérêt général.* » C'est aussi ce que juge la Chambre criminelle de la Cour de cassation lorsque le texte abrogé est une loi.<sup>42</sup>

Quant aux autres conséquences de l'article 8 telles qu'énoncées par le juge constitutionnel, si l'on excepte la question de la légalité des délits, elles sont déjà prises en compte par votre jurisprudence sur les sanctions disciplinaires.

2. Précisons tout de même que, pour notre part, il nous paraîtrait difficile d'admettre que le juge puisse valider une peine dont le législateur aurait considéré qu'elle était trop sévère. Comme le disait Jacques Arrighi de Casanova en concluant sur l'arrêt de section H... (n° 176611) déjà cité : « *Il n'est pas douteux que la rétroactivité in mitius vaut pour le droit répressif dans son ensemble. Elle prévaut donc également lorsque le pouvoir de punir est confiée à une autorité administrative.* »

Vos 9<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> sous-sections réunies ont été confrontées à cette difficulté dans une affaire M... du 16 nov. 2009 (p. 463). L'affaire concernait un militaire mis à la retraite d'office avec suspension des droits à pension. Or, entre-temps, était intervenue la loi du 21 août 2003 qui avait supprimé la sanction de la suspension des droits à pension. Il a semblé inenvisageable aux sous-sections de refuser au militaire concerné le bénéfice de la loi postérieure plus douce ; mais pour ne pas remettre en cause votre jurisprudence traditionnelle, elles ont hardiment qualifié la mesure de sanction administrative.

3. Quoiqu'il en soit, si vous décidiez, le jour où vous devriez trancher la question, d'appliquer la loi postérieure plus douce aux sanctions disciplinaires, cela n'impliquerait pas de passer à un contrôle de plein contentieux.

Le raisonnement consistant à dire que l'office du juge d'excès de pouvoir lui interdirait d'appliquer la rétroactivité *in mitius* nous paraît en effet étrange : il revient à opposer à une règle de droit les classifications juridiques que vous avez vous-même créées. Or, c'est vous qui déterminez votre office, et il vous revient de l'adapter à la règle que vous êtes chargés de faire respecter, et non de constater que cet office vous interdirait de le faire.

<sup>40</sup> La nécessité de la peine implique sa proportionnalité (CC, 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, cons. 7), celle-ci impliquant elle-même son individualisation et donc l'absence de sanction automatique (CC, 13 août 1993, n° 93-325 DC, cons. 49).

<sup>41</sup> 23 juillet 1976, *Secrétaire d'État aux P. et T. c/ R...*, p. 361 ; sect., 9 déc. 1977, *G...*, p. 166 ; ass., 5 juillet 1985, *Confédération Générale du Travail*, p. 217..

<sup>42</sup> Cass. crim., 16 février 1987, n° 85-96122 ; 30 septembre 1991, n° 91-80.374.

Vous procédez d'ailleurs régulièrement à de telles adaptations : il serait trop long de dresser la liste des ouvertures que vous avez déjà pratiquées dans l'édifice autrefois compact du recours en excès de pouvoir afin de lui permettre de répondre à des préoccupations nouvelles, notamment en y introduisant des méthodes inspirées de la pleine juridiction. L'excès de pouvoir est aujourd'hui une construction un peu sophistiquée, et au travers de ses ouvertures transparait la simplicité de la pleine juridiction. Le jour viendra sans doute où les deux coïncideront pour présenter un paysage de l'office du juge plus simple, plus efficace et compréhensible par tous.

Mais le présent litige ne vous oblige pas à accomplir cette révolution. Car aucun principe ne s'oppose à ce que le juge de l'excès de pouvoir prenne en considération une loi qui modifie les données du litige postérieurement à la décision contestée : c'est déjà le cas lorsqu'intervient une loi d'amnistie ou une loi de validation. Et s'agissant de la rétroactivité *in mitius*, elle modifie rétroactivement l'état du droit tel qu'il se présentait à la date de la décision administrative.<sup>43</sup> Il n'est donc pas nécessaire d'endosser le costume du plein contentieux et d'apprécier l'état du droit applicable à la date de votre décision : c'est la règle de la rétroactivité *in mitius* qui se transporte à la date de la sanction administrative, que vous pouvez donc annuler pour excès de pouvoir. Il revient ensuite à l'administration, le cas échéant, de substituer à la sanction annulée celle qu'implique la loi plus douce.

4. Ajoutons encore, pour écarter une dernière objection, que l'entrée de la sanction disciplinaire dans le champ du droit répressif au sens de l'article 8 de la DDH n'implique nullement d'en faire une « accusation en matière pénale » au sens de l'article 6 de la CEDH, ce qui interdirait par exemple de sanctionner disciplinairement un agent déjà condamné pénalement pour les mêmes faits. Car la Cour de Strasbourg, nous l'avons vu, juge constamment que les sanctions disciplinaires infligées aux fonctionnaires, y compris les plus sévères, relèvent du volet civil de l'article 6.<sup>44</sup>

La cour opère en effet la même distinction que vous entre les sanctions pénales et les sanctions disciplinaires : elle considère que ces dernières ont pour but « *d'assurer le respect, par les membres de groupes particuliers, des règles de comportement propres à ces derniers* » (22 mai 1990, *W... c. Suisse*, § 33). Et si la règle *non bis in idem* figure à l'article 4 § 1 du protocole n° 7 de la convention européenne, cet article a fait l'objet d'une réserve de la part de la France qui en limite l'application à la matière pénale *stricto sensu* (7 janvier 2004, *M. C.*, p. 1)<sup>45</sup>.

L'ensemble de ces considérations nous conduit à vous proposer de juger que le principe de légalité des délits issu de l'article 8 de la DDH est applicable à toute sanction disciplinaire infligée par l'administration.

V. - Bien entendu, le principe n'implique pas que les infractions soient définies de façon limitative, mais seulement qu'il soit fait référence à des obligations qui s'imposent aux membres du groupe concerné.

<sup>43</sup> Voir la chronique d'Aurélie Bretonneau et Jean Lessi sur l'arrêt *D...*, parue à l'AJDA du 9 décembre 2013, p. 2435 ; également : J. Petit, *La rétroactivité in mitius*, AJDA, 10 mars 2014, p. 490.

<sup>44</sup> 13 sept. 2007, *M... c. France*, n° 27521/04 ; 2 juillet 2009, *I... et autres c. Bulgarie*, n° 23530/02 ; 14 janv. 2010, *V... c. Croatie*, n° 29889/04.

<sup>45</sup> Il est vrai qu'une réserve du même ordre émise par l'Italie a été récemment écartée par la CEDH dans un arrêt *Grande Stevens et autres c. Italie* du 4 mars 2014.

1. Ces obligations figurent le plus souvent dans les textes, et ces textes existent, s'agissant des élèves des lycées et des collèges.

Il y a d'abord l'article L. 511-1 du code de l'éducation, qui dispose que « *les obligations des élèves consistent dans l'accomplissement des tâches inhérentes à leurs études* », qui incluent « *l'assiduité et le respect des règles de fonctionnement et de la vie collective des établissements.* » Il y a ensuite le titre I<sup>er</sup> du Livre V du code intitulé *Les droits et obligations des élèves*, dont les articles R. 511-1 à R. 511-11 définissent l'obligation d'assiduité ainsi que les conditions dans lesquelles s'exercent les libertés d'expression, d'association et de réunion des élèves.

Enfin, il y a surtout le règlement intérieur, obligatoire à chaque établissement, dont l'article R. 421-5 du code précise qu'il « *définit les droits et les devoirs de chacun des membres de la communauté éducative* » et qu'« *il rappelle les règles de civilité et de comportement* », notamment « *le devoir de tolérance et de respect d'autrui dans sa personnalité dans ses convictions* » et « *le devoir (...) de n'user d'aucune violence* ». C'est d'ailleurs le règlement intérieur qui, selon l'administration, permet d'assurer le principe de légalité des fautes affirmé par la circulaire du 1<sup>er</sup> août 2011 que nous avons déjà évoquée : la circulaire indique en effet qu'« *il convient de préciser dans le règlement intérieur les comportements fautifs qui contreviendraient aux obligations des élèves définies à l'article L. 511-du code de l'éducation, susceptibles à ce titre d'entraîner l'engagement d'une procédure disciplinaire.* »

S'agissant des détenus, c'est également au règlement intérieur de l'établissement que figurent leurs obligations.

En ce qui concerne les fonctionnaires, certaines obligations figurent aux articles 25 à 30 de la loi *Le Pors* du 13 juillet 1983. Il s'agit principalement :

- de l'obligation de principe de se consacrer intégralement à ses fonctions<sup>46</sup> ;
- du secret et de la discrétion professionnels<sup>47</sup> ;
- de l'exécution des tâches et du devoir d'obéissance aux supérieurs hiérarchiques<sup>48</sup>.

A cela pourraient s'ajouter à l'avenir les obligations d'égalité, de neutralité, d'impartialité, de probité et de dignité ; c'est du moins ce que prévoit l'actuel projet de loi sur la déontologie et les droits et obligations des fonctionnaires. Signalons encore que les obligations de certains corps sont complétées par un code de déontologie de niveau réglementaire : c'est le cas pour les policiers, les gendarmes et les agents du service public pénitentiaire<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Art. 25 - I.- *Les fonctionnaires et agents non titulaires de droit public consacrent l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées.*

<sup>47</sup> Art. 26 - *Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal.*

<sup>48</sup> Art. 28 - *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. (...)*

<sup>49</sup> Art. R. 434-8 à R. 434-13 du code de la sécurité intérieure pour les policiers nationaux et les gendarmes ; art. R. 515-7 à R. 515-20 pour les policiers municipaux ; décret du 30 décembre 2010 portant code de déontologie du service public pénitentiaire pour les agents du service public pénitentiaire. Il existe d'autres codes ou chartes de déontologie, notamment pour les magistrats judiciaires et administratifs, mais ils n'ont pas de valeur normative et servent seulement de guide aux agents et à l'administration.

2. Mais pour le reste, il faut bien reconnaître que la loi Le Pors n'épuise pas le champ des obligations : certains manquements justifient à l'évidence une sanction disciplinaire, sans qu'on puisse les rattacher clairement à une obligation prévue par la loi.

Mais le principe de légalité des délits n'est pas pour autant méconnu. Car en matière disciplinaire, il n'est pas nécessaire que les obligations soient énumérées par un texte. Votre assemblée l'avait d'ailleurs laissé entendre dans l'arrêt *Ministre de l'intérieur c/ B...* (n° 255136) déjà cité du 7 juillet 2004, qui jugeait que si les sanctions administratives doivent être énumérées par un texte, les infractions, en revanche, peuvent être définies par référence aux obligations auxquelles sont soumises les personnes concernées.

Les obligations disciplinaires peuvent en effet être définies par une jurisprudence reconnue. Le Conseil constitutionnel l'a jugé dans sa décision déjà citée du 13 janvier 2012 sur la révocation des fonctions de maire.

Dans cette affaire, le principe de légalité des délits était invoqué à l'encontre de l'article L. 2122-16 du CGCT qui prévoit que les maires et les adjoints peuvent être suspendus par arrêté ou révoqués par décret en conseil des ministres. Or, ni cet article ni aucun autre texte ne définissent les obligations de ces élus.

Le Conseil constitutionnel a pourtant jugé que le principe de légalité des délits était satisfait, en se référant à votre jurisprudence : « *Considérant que les dispositions contestées ont, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État, pour objet de réprimer les manquements graves et répétés aux obligations qui s'attachent aux fonctions de maire et de mettre ainsi fin à des comportements dont la particulière gravité est avérée ; que, dans ces conditions, si les dispositions contestées instituent une sanction ayant le caractère d'une punition, l'absence de référence expresse aux obligations auxquelles les maires sont soumis en raison de leurs fonctions ne méconnaît pas le principe de la légalité des délits.* »

Ce raisonnement s'applique *a fortiori* aux agents publics puisque, contrairement aux élus, certaines de leurs obligations se retrouvent dans la loi et celles qui n'y figurent pas font l'objet d'une jurisprudence abondante. La décision du Conseil constitutionnel précise d'ailleurs que la sanction atteint le maire en sa double qualité d'autorité exécutive de la commune et d'agent de l'État. Et s'il faut en croire le commentaire aux *Cahiers*, le Conseil constitutionnel a pris en compte l'intensité de votre contrôle consacrée par la décision *D...* du 2 mars 2010 (p. 65), qui marque le passage au contrôle normal sur les motifs du décret révoquant un maire – un contrôle normal que vous exercez aussi, désormais, sur les sanctions des fonctionnaires.

Le commentaire aux *Cahiers* confirme sans ambiguïté la portée de la décision : en matière disciplinaire, aucune exigence constitutionnelle n'implique que les délits – contrairement aux peines - soient prévus par un texte : le principe de légalité des délits peut-être satisfait par une jurisprudence reconnue.

Autrement dit, dans cette matière, le Conseil constitutionnel vous laisse la main : c'est à vous d'assurer le respect de l'article 8 de la Constitution, votre jurisprudence ayant identifié les manquements susceptibles de donner lieu aux sanctions disciplinaires sur lesquelles vous exercez un entier contrôle. Comme le relève l'auteur d'un article paru dans le dernier numéro

de la *Revue de droit public* : « A l'avenir, le véritable juge de la conformité d'une (...) sanction administrative au principe constitutionnel de légalité (...) ne sera plus le Conseil constitutionnel mais le Conseil d'Etat. »<sup>50</sup>

La Cour européenne des droits de l'homme considère elle aussi, pour l'application du principe de légalité des délits issu de l'article 7 de la convention, que la « loi » est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété.<sup>51</sup> Car ce qui importe, en matière disciplinaire, ce n'est pas tant l'existence d'un texte énumérant les délits de façon exhaustive – ce qui serait de toutes façons impossible – : c'est qu'une personne ne puisse pas être sanctionnée pour un comportement dont rien ne lui permettait de savoir qu'il pouvait donner lieu à sanction. Comme le dit la cour de Strasbourg : il faut que la règle « *soit suffisamment accessible et permette à la personne concernée de prévoir avec un degré raisonnable de certitude les conséquences éventuellement fâcheuses de ses actes.* »<sup>52</sup>

Or, si les manquements qui peuvent justifier les sanctions des agents publics ne figurent pas tous dans la loi, ils ressortent clairement de votre jurisprudence. On songe par exemple aux comportements incompatibles avec la moralité, à l'atteinte portée à la réputation du corps, aux actes de violence, ou encore au fait de traiter les administrés d'une façon discriminatoire ou qui porte atteinte à leur dignité : aucun fonctionnaire ne peut sérieusement prétendre ignorer que ces comportements peuvent entraîner une sanction.

**VI. -** Si vous admettez que les requérants peuvent utilement invoquer le principe de légalité des délits, il reste à répondre au moyen. Il est tiré, rappelons-le, du caractère imprécis des infractions de « violence verbale » et d'« acte grave » qui impliquent l'ouverture d'une procédure disciplinaire.

1. En réalité, comme nous l'avons indiqué en présentant ce litige, vous pouvez répondre que le décret ne définit aucune infraction. On peut en effet lire l'article 3 comme imposant au chef d'établissement d'engager des poursuites lorsqu'il constate non pas des *infractions*, mais des *faits*, un *comportement* marqué par la violence verbale ou par un acte grave. C'est ensuite que ces faits recevront éventuellement une qualification fautive qui permettra de les sanctionner.

2. Si vous estimez cependant que le décret définit des infractions, vous pourrez tout de même écarter le moyen. Certes, les notions de « violence verbale » et d'« acte grave » ne sont pas des plus précises ; mais elles ne sont pas non plus totalement obscures.

La notion de « violence verbale », d'abord, permet de se référer à des infractions connues telles que les injures ou les menaces.<sup>53</sup> Elle n'est d'ailleurs pas ignorée du juge puisqu'une recherche rapide sur Légifrance et sur Ariane fait apparaître 175 arrêts de la Cour de cassation et 14 décisions du Conseil d'État<sup>54</sup> utilisant cette locution.

<sup>50</sup> F. T. Rakotondraso, *L'application du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines aux sanctions administratives*, *Revue de droit public* n° 2-2014.

<sup>51</sup> *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 nov. 2005, § 88.

<sup>52</sup> Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avril 1979, § 49 ; *Kafkaris c. Chypre*, 12 fév. 2008, § 139 ; *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, § 29.

<sup>53</sup> Le Conseil constitutionnel a jugé que le terme de « menace » avait une « acception juridique certaine » permettant de le regarder comme une infraction clairement définie (n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, *Sécurité et liberté*, cons. 8).

<sup>54</sup> Si l'on excepte l'ordonnance du 29 août 2011 rejetant la demande de suspension du décret en litige.

L'effort est un peu plus prononcé à propos de la notion d'« acte grave », mais il n'est pas démesuré. La circulaire ministérielle du 1<sup>er</sup> août 2011 donne des exemples de ce que pourraient être de tels actes : « harcèlement d'un camarade ou d'un membre du personnel, dégradations volontaires de biens leur appartenant, tentative d'incendie, introduction d'armes ou d'objets dangereux, racket, violences sexuelles ». Il vous arrive d'ailleurs de vous référer à des notions tout aussi vagues, telles que l'« atteinte à l'honneur ou à la probité » qui domine le contentieux de l'amnistie.

Quel que soit le terrain que vous choisirez, vous devrez donc écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits.

**VII.** - Il reste à examiner le dernier moyen tiré de ce que les dispositions de l'article 3 du décret sont contraires à la règle de l'opportunité des poursuites, une règle que les requérants vous demandent d'ériger au rang de principe général du droit de façon à pouvoir l'opposer au décret. Ils invoquent, à titre de comparaison, l'article 40 du code de procédure pénale qui prévoit que le procureur de la République apprécie la suite à donner aux plaintes qu'il reçoit<sup>55</sup>.

On observera au passage qu'en égard au caractère imprécis des notions de « violence verbale » et d'« acte grave », le chef d'établissement dispose d'une grande latitude pour déterminer si l'acte commis par l'élève entre dans le champ de l'article 3 du décret.

Il faut pourtant répondre au moyen.

1. Il ne fait aucun doute que l'opportunité des poursuites est un principe qui domine l'ensemble du droit disciplinaire, comme le dit le professeur Chapus dans son manuel de *Droit administratif général*.<sup>56</sup> En vertu de ce principe, l'autorité compétente apprécie s'il convient d'engager des poursuites, en tenant compte de la gravité des faits reprochés, mais aussi d'autres éléments tels que le comportement d'ensemble de la personne concernée ou encore l'intérêt général.

Le refus d'engager des poursuites contre un élève peut ainsi être justifié par le caractère mineur de l'infraction, par le comportement jusque là exemplaire de l'élève, ou encore par les risques d'atteinte à l'ordre public dans l'établissement. L'ouverture d'une procédure disciplinaire peut parfois causer un mal plus grand que les faits qui pourraient la justifier, et il est préférable, dans ce cas, de recourir à d'autres mesures, comme une punition, une mesure éducative ou une convocation en présence des parents. Cela présente en outre l'avantage de préserver l'autorité du chef d'établissement, qui conserve son pouvoir de décision.

L'importance de l'opportunité des poursuites a souvent été soulignée à ce pupitre. Michel Rougevin-Baville évoquait une « règle traditionnelle (...) valable pour l'administration active comme pour le Parquet ».<sup>57</sup> Alain Bacquet mentionnait « le principe

<sup>55</sup> L'article 40 ne fait cependant pas obstacle à ce que la partie civile obtienne la mise en mouvement de l'action publique. L'article L. 212-43 du code de justice militaire consacre le même principe d'opportunité.

<sup>56</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, t. II, éd. Monchrestien, 1998, p. 327. Voir également : Christine Maugüe et Rémy Schwartz, *Chronique de jurisprudence administrative*, AJDA 1991, p. 506 ; Jacques Arrighi de Casanova, conclusions sur section, 10 juillet 1995, L... (p. 302).

<sup>57</sup> Concl. publiées au recueil sur ass., 20 mars 1974, *Min. aménagement du territoire c/ N...*, p. 200.

*traditionnel selon lequel l'administration dispose d'un très large pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la poursuite* ». <sup>58</sup> Michel Gentot disait que « *la règle [de l'opportunité des poursuites] (...) s'étend à l'action administrative, comme en témoignent de nombreux arrêts* ». <sup>59</sup>

Curieusement, nous n'avons pas trouvé d'arrêt qui consacre expressément ce principe en matière de sanctions disciplinaires, et nos prédécesseurs n'en citent d'ailleurs aucun. De nombreuses décisions, en revanche, en font état à propos des sanctions administratives, qu'il s'agisse des sanctions infligées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel <sup>60</sup>, par la Commission bancaire <sup>61</sup>, par l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles <sup>62</sup>, ou encore par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes <sup>63</sup>.

Ce principe s'applique également aux poursuites pénales, que l'administration n'est jamais tenue d'engager <sup>64</sup>. Vous l'avez jugé à de nombreuses reprises, à propos par exemple d'infractions aux règles d'urbanisme ou de construction <sup>65</sup>, au règlement sanitaire départemental <sup>66</sup> ou à la législation sur les pharmacies <sup>67</sup>.

L'administration n'est pas davantage tenue de saisir le juge pénal en cas d'injures ou de diffamations envers des fonctionnaires de l'Etat (Section, 18 mars 1994, *R...*, p. 147). La solution est la même en matière fiscale : il revient à l'administration d'apprécier si elle doit donner une suite judiciaire aux infractions au code général des impôts (5 novembre 1980, *G...*, t. p. 658).

Mais vous n'avez jamais laissé entendre que le principe d'opportunité des poursuites pourrait s'imposer au pouvoir réglementaire. Au contraire, certaines de vos décisions précisent que si l'administration n'est pas tenue d'engager des poursuites, c'est sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires qui lui en feraient obligation.

2. Faut-il aller plus loin et faire de l'opportunité des poursuites un principe général du droit qui ferait échec au décret attaqué ? Nous ne le croyons pas, pour les trois raisons suivantes.

La première tient à la finalité des principes généraux du droit.

Selon la définition du président Bouffandeau, le PGD est « *une œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens* ». <sup>68</sup> Vous avez ainsi sauvegardé des droits essentiels en

<sup>58</sup> Concl. sur sect., 23 février 1979, *Min. équipement c/ Association des « Amis des chemins de ronde »*, p. 75.

<sup>59</sup> Concl. publiées au recueil sur ass., 7 mai 1971, *Min. de l'économie et des finances et Ville de Bordeaux c. S...*, p. 355.

<sup>60</sup> 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, p. 163 ; 6 avril 1998, *Union syndicale de la production audiovisuelle*, n° 178445.

<sup>61</sup> 30 décembre 2002, *R...*, p. 490.

<sup>62</sup> Section, 30 novembre 2007, *T... et autres*, p. 459.

<sup>63</sup> 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, à paraître au recueil.

<sup>64</sup> Voir au recueil Sirey la note signée P. L. sous les arrêts de section *Colombino* et *Angelliers* des 11 janv. et 1<sup>er</sup> mars 1935.

<sup>65</sup> Sect., 2 décembre 1960, *Dame veuve Franc*, p. 666 ; 26 mai 1965, *K...*, p. 295 ; ass., 20 mars 1974, *Min. aménagement du territoire c/ N...*, p. 200.

<sup>66</sup> 27 juillet 1988, *C... et autres*, n° 55847.

<sup>67</sup> Sect., 30 sept. 1955, *Union nationale des syndicats d'opticiens de France*, p. 453.

<sup>68</sup> Cité par M. Letourneur, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1951, p. 19.

érigeant au rang de PGD les principes d'égalité, des droits de la défense, de la liberté de conscience, du droit au recours pour excès de pouvoir, du droit de grève, ou encore du droit de mener une vie familiale normale.<sup>69</sup>

Force est de reconnaître que l'opportunité des poursuites apparaîtrait comme une intruse dans cette liste, car elle vise à préserver la liberté de choix de l'administration et non à garantir un droit au citoyen : la personne qui a commis une infraction ne dispose évidemment pas d'un droit à ne pas être poursuivie.

La deuxième raison, c'est qu'une règle doit avoir été appliquée avec constance pour être érigée en principe général du droit. Tel n'est pas le cas en ce qui concerne la discipline des fonctionnaires, puisque l'article 6 du décret du 29 octobre 1936 relatif aux cumuls de retraites, de rémunérations et de fonctions prévoyait, jusqu'à son abrogation en 2007, que toute infraction aux interdictions de cumuls prévues par ce décret « *entraînera obligatoirement des sanctions disciplinaires* ».

Enfin, et surtout, l'opportunité des poursuites s'oppose au principe de légalité des poursuites<sup>70</sup>, qui fait obligation de poursuivre quand les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis – un principe qui a d'ailleurs prévalu en France sous la 1<sup>ère</sup> République<sup>71</sup> et qui s'impose de nos jours dans des pays comme l'Allemagne, l'Espagne ou l'Italie, avec parfois certains tempéraments.<sup>72</sup> Or, le principe de légalité trouve lui aussi des justifications solides : il garantit l'égalité de traitement, tandis que l'opportunité des poursuites favorise l'arbitraire puisque de deux personnes ayant commis la même infraction, l'une pourra être poursuivie et l'autre non.

Dans ces conditions, il ne nous paraît pas possible de donner à l'opportunité des poursuites le caractère d'un principe général du droit.

3. Précisons avant de conclure que cela ne revient pas à priver l'administration de toute marge de manœuvre si l'intérêt général est en jeu.

Comme le dit l'arrêt de section du 23 février 1979 *Ministre de l'équipement c/ Association des « Amis des chemins de ronde »* (p. 75), à propos d'une occupation sans titre du domaine public, l'obligation de poursuivre « *trouve sa limite dans les (...) intérêts généraux dont [l'administration a] la charge et, notamment, dans les nécessités de l'ordre public* »<sup>73</sup>. Un chef d'établissement pourrait ainsi légitimement refuser d'engager des poursuites, même en cas de violence verbale ou d'acte grave, si le déclenchement des poursuites devait entraîner des troubles graves dans l'établissement - de la même façon que les nécessités de l'ordre public peuvent justifier le refus de recourir à la force publique pour faire cesser une situation illégale (30 novembre 1923, *C...*, p. 789).

<sup>69</sup> Cf. respectivement : sect., 9 mars 1951, *Société des concerts du conservatoire*, p. 151 ; sect., 5 mai 1944, *Vve Tromprier-Gravier*, p. 133 ; ass., 1<sup>er</sup> avril 1949, *Chaveneau*, p. 161 ; 17 février 1950, *Dame Lamotte*, p. 110 ; ass., *Dehaene*, 7 juillet 1950, p. 426 ; ass., 8 décembre 1978, *GISTI*, p. 493.

<sup>70</sup> Cf. Merle et Vitu, *Traité de droit criminel*, t. II, 4<sup>e</sup> éd., p.331 n°278 (Cujas éd., Paris 1989).

<sup>71</sup> Loi des 16-19 septembre 1791, titre V, articles 6 et 20, et code du 3 brumaire an IV.

<sup>72</sup> En Allemagne, le classement sans suite est possible en pure opportunité pour les infractions mineures, ainsi que pour certains délits si le classement n'est pas contraire à l'intérêt public. En Italie, il est possible d'abandonner la poursuite pour certaines infractions mineures.

<sup>73</sup> Même solution pour le domaine public routier : 21 nov. 2011, *Commune de Ploneour-Lanvern*, p. 578.

C'est sous cette réserve qu'il convient d'écarter le moyen et, par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête.