

L'EXCEPTION D'ILLÉGALITÉ DANS LE DROIT COMPARÉE

Lucian CHIRIAC*

Abstract : *Pour assurer le respect de la légalité dans l'activité de l'administration on peut recourir au contrôle juridictionnel déroulé soit par voie directe de l'action en annulation des actes administratifs illégaux, soit par voie indirecte de l'exception de non légalité ayant comme objet l'acte administratif. On peut appliquer une règle juridique dans la mesure où elle existe et elle est conforme aux actes normatifs, hiérarchiquement supérieurs.*

Keywords: *légalité, contrôle juridictionnel, actes administratifs illégaux, exception de non légalité, instance de contentieux administratif.*

JEL Classification: *K 23*

L'exception de non légalité¹ en Roumanie est considérée comme une voie procédurale par laquelle l'instance d'office ou une personne intéressée, partie d'un procès en déroulement, sollicite que l'on constate l'illégalité d'un acte administratif, sans avoir recours à l'action directe en annulation de l'acte.²

La notion d'exception, dans le concept d'exception de non légalité n'a pas le sens d'exception de procédure ou de fond donné par l'article 137 du Code de procédure civile, mais celui donné par l'article 1047 et 1653 du Code civil roumain où par exceptions procédurales on comprend les voies, les modalités de défense que l'instance ou toute partie d'un procès peut invoquer, en vertu du rôle actif.³

Jusqu'à la réglementation de l'exception de non légalité par la Loi no. 554/2004 du contentieux administratif roumain, l'exception de non légalité a été une création de la jurisprudence et de la doctrine,⁴ comme elle devait d'ailleurs rester, ayant en vue la riche expérience accumulée et fixée parce que, une fois « son institutionnalisation » il y aura d'autres recherches, de nouvelles interprétations, etc.⁵

En ce qui concerne la Loi no. 554/2004 se rapportant au contentieux administratif, dans une première étape de son existence, a contenu dans ses prévisions l'exception de

* Maître de conférences, Université „Petru Maior” Tirgu-Mureș.

¹ Dans la littérature juridique française et communautaire on utilise la notion „exception d'illégalité”

² Voir Tudor Drăganu, *Actele administrative și faptele asimilate lor supuse controlului judecătoresc potrivit Legii nr. 1/1967*, Éditions Dacia, Cluj, 1970, p. 49-50.

³ Voir Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, Editura Științifică, București, 1959, p.261

⁴ Même si dans une forme initiale, on pourrait dire que l'article 385 alinéa 9 du Code Pénal de la Roumanie, republié dans Monitorul Oficial nr.185 du 22.10.1912, contenait les germes institutionnels de l'exception d'illégalité.

⁵ Dans le sens contraire, voir Antonie Iorgovan, *Noua lege a contenciosului administrativ – geneză, explicații și jurisprudență*, 2^e édition, Éditions Kullusys, București, 2006, p.160.

non légalité, en l'appelant comme telle, en l'institutionnalisant, ayant comme objet soit un acte administratif normatif, soit un acte administratif individuel ; dans une deuxième étape, par les modifications apportées par la Loi no. 262 du 2 août 2007⁶, l'objet de l'exception de non légalité est limité seulement aux actes administratifs individuels ; la conception législative se trouve en antithèse avec le but poursuivi par la jurisprudence, la doctrine et le législateur dès le moment de la création, l'édification et la consolidation de cette institution juridique. Si l'exception de non légalité était considérée une exception d'utilité personnelle qui se constituait dans un moyen de défense à la portée de tout particulier, alors pourquoi l'État a-t-il dû l'enfermer dans la rigidité de certains textes, qui empêchaient, plutôt, au lieu d'éclaircir ou de changer la philosophie juridique de l'exception d'illégalité ?

De tout ce qu'on a montré, se détache l'idée que le *fondement juridique* de l'exception de non légalité réside dans la reconnaissance du principe de la suprématie de la loi et, en même temps, dans les textes légaux qui la prévoient.

Les traits spécifiques de l'exception d'illégalité sont :

1. L'exception de non légalité ne constitue pas une exception de procédure ou de fond, dans le sens de l'article 137 du Code de procédure civile, mais *elle constitue un moyen de défense* qui s'exerce par une voie procédurale afin d'éliminer du jugement un acte administratif illégal, non par son annulation mais en ne le prenant pas en considération.

Vu les prévisions des articles 1047 et 1653 du Code civil, on peut d'autant plus apprécier que, c'est le caractère « personnel », de défense, de l'exception qui est privilégié. Par sa nature, à la différence des exceptions qui ne mettent pas en discussion le fond de la prétention déduite au jugement, l'exception de non légalité constitue une défense qui vise justement le fond du procès.⁷ D'ailleurs, on connaît bien la maxime selon laquelle avant qu'un droit soit sanctionné par une action, il peut être défendu par une exception.⁸

2. L'exception de non légalité est *d'ordre publique*, même si ses effets se produisent seulement *inter partes litigantes*, raison pour laquelle elle peut être soulevée *devant toute instance judiciaire* – tribunal civil, tribunal commercial, cour d'appel, la Haute Cour de Cassation et de Justice – *et dans toute étape du procès* – fond, appel, recours. Selon notre opinion, autant qu'elle vise le fond, l'exception de non légalité peut être soulevée dans le cadre d'une requête de révision ou de contestation dans annulation.⁹ Si l'on a rejeté la requête de saisine de l'instance de contentieux administratif, cette requête peut être réitérée dans les voies d'attaque, y compris comme motif d'appel ou de recours.

Si l'exception de non légalité a été soulevée devant l'instance de contentieux administratif et rejetée, la solution peut être soumise au contrôle judiciaire séparé avant que l'instance se prononce sur le fond de la cause. (art.4 alinéa 3 de la Loi no. 554/2004).

L'exception de non légalité peut être soulevée devant les instances judiciaires, seulement et non pas devant les instances d'arbitrage commercial ou dans le cadre des procédures administratives juridictionnelles.¹⁰

3. L'exception de non légalité peut être soulevée *par toute partie qui a intérêt* dans le procès¹¹, et même par *l'autorité publique*. Dans ce dernier cas, dans la littérature

⁶ Publiée dans M.Of. nr.510 du 30.07.2007.

⁷ Voir la Décision nr.554 du 16 février 2006 de Î.C.S.J. - S.C.A.F., dans Gabriela Victoria Bârsan, Bogdan Georgescu, *Excepția de nelegalitate – jurisprudență*, Éditions Hamangiu, București, 2006, p.1.

⁸ Voir Al. E. Silvian, „Regulamentul administrativ”, Typographie Revista Geniului, București, Cotroceni, VI, 1934 p. 106.

⁹ En sens contraire voir Emanuel Albu, *Excepția de nelegalitate - mijloc de apărare în cadrul proceselor comerciale, civile etc. – Aspecte procedurale teoretice și practice – (I)*, Revista de drept comercial, Éditions Lumina Lex, București nr.9/2006, p.28.

¹⁰ Voir Dacian Cosmin Dragoș, *Legea contenciosului administrativ – comentarii și explicații*, Éditions All Beck, București, 2005, p.152.

¹¹ Voir la Décision 1840 du 21 mars 2005 de Î.C.C.J. – S.C.A.F.- <http://www.juridice.ro> (Le tribunal de Bucarest a invoqué d'office l'exception de non légalité du décret 1173/2004 par laquelle on a révoqué la grâce individuelle)

juridique d'entre les guerres on motivait cette opinion par le fait que l'acte administratif ne lie pas l'autorité comme dans le cas d'un contrat, mais dans le procès l'autorité litigante est distincte de l'autorité (le pouvoir) réglementaire.¹²

Nous considérons que l'autorité litigante, devant l'instance de contentieux administratif, peut se défendre en invoquant l'exception de non légalité de son propre acte ou d'un autre acte administratif supérieur auquel est liée la légalité de l'acte administratif soumis au contrôle juridictionnel. L'exception de non légalité étant d'ordre public peut et doit être soulevée, quand on considère que c'est le cas, par *les instances judiciaires d'office* aussi, sur la base de leur rôle actif qu'elles ont dans le procès (art.129 alinéa 5 du Code de procédure civile, art. 287 alinéa 1 du Code de procédure pénale).

L'exception de non légalité peut être soulevée par les intervenants, par l'appel en garantie, corrélié avec l'acceptation en principe de la requête, par le procureur s'il participe au jugement.

4. L'exception de non légalité est *imprescriptible*, c'est-à-dire elle peut être examinée n'importe quand, comme le montre le texte de l'article 4 alinéa 1 de la Loi no. 554/2004.

Comme pour renforcer cette caractéristique de l'exception de non légalité, dans l'article II alinéa 2 de la Loi no. 262/2007 pour modifier et compléter la Loi du contentieux administratif on prévoit que l'exception de non légalité peut être invoquée, également, pour les actes administratifs unilatéraux (normatifs ou individuels – notre soulignement) émis avant l'entrée en vigueur de la Loi no. 554/2004 dans sa forme initiale, les causes de non légalité étant analysées en rapport avec les dispositions légales en vigueur au moment de l'émission de l'acte administratif.

Voilà comment en « institutionnalisant » l'exception de non légalité, le législateur roumain cherche à inventer toutes sortes de normes, des plus bizarres, dans ce cas dans l'idée d'éviter de violer le principe constitutionnel de la non rétroactivité de la loi civile. Il est possible que les législateurs antérieurs aient eu en vue cet aspect, raison pour éviter d'« institutionnaliser » l'exception.

La prévision contenue dans l'article II alinéa 2 de la Loi no. 262/2007, qui ne fixe pas un délai jusqu'où un acte administratif peut être attaqué, encourage la passivité du particulier, auquel on a communiqué l'acte administratif individuel obligatoire et exécutoire et en l'absence de la volonté du législateur de fixer un délai pour qu'il puisse demander la vérification de la légalité de l'acte, il est vaincu par le principe de la stabilité des rapports juridiques.¹³

5. La constatation de l'illégalité de l'acte administratif par voie de l'exception de non légalité *n'entraîne pas son annulation, mais l'élimination du jugement* de la cause et donc l'illégalité sera mentionnée dans la motivation de l'arrêt et non dans son dispositif. L'arrêt ayant comme but la solution de l'exception de non légalité aura le pouvoir de chose jugée, mais seulement dans la cause où elle a été soulevée et *inter partes litigantes*¹⁴.

Pour invoquer l'exception de non légalité il est nécessaire d'accomplir certaines *conditions*.

Une fois accomplies, les conditions d'invocation deviennent des conditions d'admissibilité de l'examen de la légalité d'un acte administratif.

a). La légalité d'un acte administratif unilatéral individuel *peut être examinée n'importe quand* (donc elle est imprescriptible?) dans le cadre d'un procès qui se déroule devant une instance judiciaire. Donc, à la différence de l'exception de non constitutionnalité qui peut être soulevée devant les instances d'arbitrage commercial

¹² Voir Al. E.Silvian, *op.cit.*, p.107; Constantin G. Rarincescu, „*Contenciosul administrativ român*”, București, Éditions Universală Alcalay&Co., 1937, p. 177

¹³ Dans le même sens, Gabriela Bârsan, Bogdan Georgescu, *Excepția de nelegalitate în Reglementarea Legii nr. 554/2004*, Revista „Curierul Judiciar” nr.11/2007, p.57.

¹⁴ Voir Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, p.260.

aussi, l'exception de non légalité ne peut pas être soulevée que devant *une instance judiciaire légalement investie* dans le cadre d'un procès pénal, civil, commercial, etc. dans toute étape processuelle, de fond ou dans les voies d'attaque.

En poursuivant le raisonnement de la loi, l'exception de **non légalité ne peut pas être soulevée ni même** dans le cadre d'une procédure administrative juridictionnelle, car il n'y a aucune voie procédurale légale de saisir l'instance de jugement.

b). L'exception de non légalité *doit être soulevée* soit par l'instance – d'office, soit sur requête d'une ou de plusieurs parties d'un procès, personne physique ou juridique, mais qui prouve l'existence d'un intérêt légitime (c'est-à-dire sans venir en conflit avec la loi), personnel, né et actuel, direct et évident.¹⁵

Même si la loi ne précise pas expressément, chaque fois que *le procureur* participe à solutionner une requête devant une instance judiciaire, il peut soulever l'exception de non légalité s'il apprécie que la violation des droits, libertés et intérêts légitimes des personnes est due à l'existence de certains actes administratifs unilatéraux individuels des autorités publiques émis avec excès de pouvoir ou que par l'émission d'un acte administratif normatif (avec des références aux prévisions de l'article II de la Loi no. 262/2007) on nuit à un intérêt légitime public.¹⁶

Ce droit processuel, à notre avis, est gagné par le procureur dans toutes les causes, quelle que soit leur nature pénale ou civile (où il participe conformément aux dispositions de l'article 45 Code de procédure civile), etc., parce qu'il poursuit le respect du principe de la légalité et de la suprématie de la loi. Autrement, si l'on interpréterait d'une manière restrictive les prévisions de l'article 1 alinéa 5 de la Loi no. 554/2004, l'exception de non légalité pourrait être invoquée dans le cas d'un acte administratif normatif si, seulement, il nuit à un intérêt légitime public ou si, conformément à l'article 1 alinéa 9 de la Loi no. 554/2004, le procureur « participe » à solutionner les requêtes, ce qui ne serait plus une garantie réelle en vue de défendre la légalité. Donc le procureur, lorsqu'il participe dans un procès, quelle que soit sa nature, peut invoquer devant l'instance judiciaire, quelle que soit la phase du procès, l'exception de non légalité d'un acte administratif dans les conditions de la loi.

De même, l'exception de non légalité peut encore être invoquée par les intervenants, appelés en garantie, ou par tout organisme social intéressé ou par des sujets de droit introduits dans la cause dans les litiges de contentieux administratif conformément à l'article 16¹⁷ de la Loi no. 554/2004, s'ils ont démontré leur intérêt légitime.

c). L'instance, dans l'examen de l'admissibilité de la requête préjudicielle ou préalable, doit constater si *la solution du litige de fond dépend* de l'acte administratif sur la légalité duquel il y a le doute. Par conséquent, pour invoquer l'exception de non légalité, une condition obligatoire est que l'acte qui forme l'objet de la cause de fond soit émis en application de l'acte administratif dont la légalité est invoquée par voie d'exception.¹⁸

Si dans le cas de l'exception de non constitutionnalité il suffit que le texte dont on invoque la constitutionnalité ait une liaison avec la solution de la cause, (sens large), dans le cas de l'exception de non légalité le législateur a été beaucoup plus restrictif en prétendant que la solution même du litige sur fond dépende du texte soumis à l'examen de la légalité. Donc, l'exception de non légalité « peut être soulevée quel que soit le

¹⁵ Voir Viorel Mihai Ciobanu, *Tratat teoretic și practic de procedură civilă, vol. I, Teoria generală*, Éditions Național București, 1996, pp. 270-273.; Mircea Duțu, *Excepția de nelegalitate a actelor comunitare cu caracter general*, Revista Dreptul nr. 9/2007, p.100.

¹⁶ Voir les prévisions des art.1 al.4, 5 et 9 de la Loi 554/2004

¹⁷ Voir la Décision 5132 du 25 octobre 2005 de Î.C.C.J., dans Gabriela Victoria Bârsan, Bogdan Georgescu, *Excepția de nelegalitate. Jurisprudența secției de contencios administrativ și fiscal a Înaltei Curți de Casație și Justiție*, Éditions Hamangiu, 2006, p.16.

¹⁸ Arrêt du 2 mars 1967, simet Haute Autorité (25 et 26 – 65, Rec. p. 00039) En cas de recours contre un acte faisant partie d'un ensemble d'actes individuels qui forment un tout, le requérant peut se prévaloir de l'irrégularité d'une décision générale sur laquelle est fondé l'un de ces actes individuels – Jurisprudence relative à la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier. (CECA)

fondement juridique de l'action à condition que la solution de l'espèce dépende d'une manière ou d'une autre de la validité d'un acte administratif ». ¹⁹

Dans le droit communautaire aussi, la condition d'admissibilité de l'exception suppose la liaison directe entre la décision individuelle attaquée et l'acte normatif dont on invoque l'illégalité. ²⁰

Mais l'exception de non légalité, dans son acception procédurale ne poursuit que paralyser l'action principale, quelle que soit sa nature, et donc elle doit rester seulement un moyen de défense.

d). *Qu'il n'y ait pas d'acte excepté du contrôle de légalité* par voie de l'action en annulation, mais cela dans les limites montrées dans cette intervention et avec référence expresse aux prévisions de l'article 126 alinéa 6 de la Constitution de la Roumanie et de l'article 5 de la Loi du contentieux administratif.

Le problème est de savoir si dans ce cas l'instance du fond est compétente de constater l'inadmissibilité de la requête ou bien l'instance qui va se prononcer sur l'exception est l'instance saisie avec le jugement de l'exception de non légalité. En vérifiant l'admissibilité de la requête sur cette condition, le juge de fond ne se transforme pas en juge de l'exception dont l'objet est la légalité même de l'acte et donc, avant de saisir, il peut rejeter la requête comme inadmissible.

Le soulèvement de l'exception de non légalité peut se faire même si la voie de l'action directe en annulation est ouverte à la vérification de la légalité de l'acte administratif aussi.

L'exercice de contrôle par voie de l'exception de non légalité est inadmissible lorsqu'on oppose à l'action principale une exception de procédure ou de fond (l'absence de la légitimation processuelle active, la prescription, l'absence de la procédure préalable, etc.) ²¹, qui paralyse la démarche processuelle.

Un problème qui se pose, vu les modifications apportées par la Loi no. 262/2007, concerne la mesure que prendra le juge de la cause où l'on a invoqué l'exception de non légalité d'un acte administratif normatif entré en vigueur après le 2 août 2007, la date de l'entrée en vigueur de la loi ; il va rejeter la requête comme inadmissible ou ayant en vue de saisir l'instance de contentieux administratif avec l'action directe en annulation, va suspendre le jugement car la solution de la cause dépend en tout ou en partie, de l'existence ou de l'inexistence d'un acte illégal. Conformément aux articles 242, 244 alinéa 1 du Code de procédure civile, le juge suspendra la cause jusqu'à la prononciation d'une solution définitive et irrévocable concernant l'acte administratif normatif examiné pour légalité.

Les effets de l'admission de l'exception de non légalité.

L'admission de l'exception de non légalité ne mène pas à l'annulation de l'acte administratif illégal et a pour conséquence son rejet du cadre du procès où elle a été soulevée par voie incidente. Si le juge d'exception se prononce dans le dispositif de l'arrêt, le juge de la cause à objet principal prendra acte de la solution seulement dans l'examen de la motivation de son arrêt. On peut dire que l'arrêt par lequel on a solutionné l'exception de non légalité a pouvoir de chose jugée, limitée seulement *inter partes litigantes* et seulement en ce qui concerne l'exception ; cela signifie que cette exception pourra être de nouveau soulevée, dans tout autre procès, entre les mêmes parties. L'acte administratif n'est pas annulé, il continue de produire des effets juridiques et peut faire l'objet du contrôle de légalité soit par voie de l'action en annulation soit par voie de l'exception de non légalité. ²²

¹⁹ Voir Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ.*, p.261.

²⁰ Voir Mircea Duțu, *op.cit.*, p.100; Bernard Pacteau, *Traité de contentieux administratif*, Presses Universitaires de France, 2008, pp. 215-216.

²¹ Voir Emanuel Albu, *op.cit.*, p.28.

²² Voir Tudor Drăganu, *Actele de drept administrativ*, p. 260.

L'exception d'illégalité est règlementée dans la législation de la République de Moldavie, aussi et elle a comme objet seulement un acte administratif à caractère normatif.²³ L'exception peut être invoquée à tout moment (elle est donc imprescriptible), dans tout procès de droit commun, d'office ou à la requête de la partie intéressée. L'admissibilité de la saisine de l'instance compétente impose que de l'acte administratif, dont l'illégalité constitue l'objet de l'exception, dépende la solution du litige de fond. La compétence matérielle pour solutionner l'exception d'illégalité ne revient qu'aux instances de contentieux administratif, saisies par une notification motivée, par laquelle on dispose l'annulation de la cause de fond. L'arrêt de l'instance de contentieux administratif peut être attaqué avec recours. L'admission de l'exception d'illégalité a comme effet, d'une part, la solution de la cause de fond par l'instance sans plus tenir compte de l'acte administratif illégal, et d'autre part, à la date où l'arrêt de l'instance de contentieux administratif reste définitif, les actes administratifs déclarés illégaux perdent leur pouvoir juridique, les conséquences juridiques produites étant éloignées par l'autorité qui les a adoptés ou émis.

Le contrôle de légalité de l'acte administratif par voie d'exception de légalité²⁴ est rencontré en Italie aussi, mais historiquement, il n'est pas la conséquence d'une prévision expresse. De cette manière en partant du contenu de l'article 5 de la Loi no. 2248 du 20 mars 1865 qui obligeait les instances judiciaires de vérifier dans le cas des actes administratifs, des règlements généraux et locaux, la conformité avec la loi, on a déduit que le juge ordinaire a la possibilité d'émaner des sentences déclaratives²⁵, en écartant par cette voie seulement les effets des actes administratifs illégaux en cause, l'acte continuant à produire ses propres effets dans d'autres situations.²⁶ Par l'article 63 alinéa 1 de la Loi no. 165/2001 on a donné au juge de droit du travail compétent le pouvoir explicite de ne pas appliquer les actes administratifs illégaux dans les rapports juridiques ouvertes au jugement.

Une même attitude de non application, une partie de la doctrine et de la jurisprudence la reconnaît pour le juge pénal, la loi pénale exigeant la présence d'un acte administratif légal.

Depuis peu, le même pouvoir de non application d'un acte administratif illégal a été reconnu au/ pour le juge administratif aussi.²⁷

Pour utiliser ce pouvoir de non application d'un acte administratif illégal, le juge peut, d'office, constater d'abord l'illégalité de l'acte concernant la violation de la loi, l'incompétence ou l'excès de pouvoir et vaincre ainsi la présomption de légalité dont bénéficiait l'acte administratif.

En général, dans la juridiction européenne, on reconnaît le droit de vérifier par voie incidente la validité d'un acte administratif normatif par tout juge, dans des causes pénales, de droit du travail ou administratives, quelle que soit l'hierarchie de l'instance dont il fait partie (première instance, instance d'appel ou de recours).²⁸

Cette solution est admise en Allemagne, Belgique, Grèce, Espagne, tandis que dans d'autres pays tels la France, la compétence, à certaines exceptions, revient au tribunal administratif, ou à la Cour Constitutionnelle (article 89 de la Constitution)²⁹, en

²³ Voir art. 13 alinéa 1 de la Loi 793 – XIV du 10.02.200 (art. 13 alin. 1 a été modifié par la Loi 726 – XV du 7.12.2001/publié dans Monitorul Oficial de la République de Moldavie nr. 57-58 din 18.05.2000.)

²⁴ La disapplicazione dell' atto amministrativo.

²⁵ Voir Sabino Cassese, *Trattato di diritto amministrativo* – tomo secondo, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore – 2000, p. 1731.

²⁶ Voir Elio Cassetta, *Compendio di diritto amministrativo*, Giuffrè Editore S.P.A. Milano – 2002, p. 365.

²⁷ Idem, p. 366.

²⁸ Voir Michel Fromont, *Droit administratif des États européens*, Presses Universitaires de France, 2006, pp. 280-281.

²⁹ Idem, pp. 282-283.

Autriche. À quelques exceptions³⁰, la plupart des systèmes juridiques affirment que ce contrôle par voie indirecte peut être exercé à tout moment.

En ce qui concerne l'effet d'une décision par laquelle on reconnaît et on élimine de la solution d'un cas, un acte administratif déclaré illégal, elle bénéficie d'une autorité de chose jugée relative, comme par exemple en Espagne où le juge qui a constaté l'illégalité à effets *inter-partes* est obligé, ultérieurement, de saisir la juridiction administrative supérieure de ce problème de l'irrégularité d'un acte administratif normatif et de publier dans le même Journal Officiel où l'on a publié le règlement³¹.

Le droit comparé exige qu'on observe que le système actuel en France, prévoit que l'annulation d'un acte administratif illégal peut être demandée par voie de l'action directe, (recours en annulation), pour excès de pouvoir, devant la juridiction administrative et l'exception d'illégalité constitue un autre moyen, de mise en œuvre du contrôle juridictionnel, mais sans que le juge, dans ce cas, puisse annuler l'acte. L'exception peut être soulevée devant le juge administratif, qui peut statuer sur la légalité d'un acte administratif unilatéral, même s'il n'est pas compétent de juger un recours direct en annulation, en appliquant, contre cet acte, la règle selon laquelle le juge de l'action est juge de l'exception, ou devant le juge judiciaire, qui, pour respecter le principe de la séparation des pouvoirs, mis devant une question préjudicielle, suspend le jugement et saisit le juge administratif pour une solution compétente de l'exception concernant la légalité d'un acte administratif.³² Il y a deux exceptions à cette règle, par lesquelles le juge du fond reste aussi le juge de l'exception : a). Le juge civil, si les actes administratifs réglementaires portent atteinte à l'inviolabilité du domicile, à la liberté individuelle ou au droit de propriété ; mais l'appréciation de la légalité des actes administratifs individuels est impossible pour le juge civil ; b). le juge répressif (pénal) peut et doit apprécier la légalité de tous les actes administratifs réglementaires et des actes administratifs individuels (art.111-5 du Nouveau Code pénal).

Le Comité des Ministres des États membres de l'Union Européenne a adopté le 20 juin 2007, au cours de la réunion 999 bis des délégations des Ministres, la Recommandation CM/Rec (2007) 7 concernant une bonne administration qui dans l'article 22-1 prévoit que les personnes privées dont les droits ou intérêts sont directement lésés par un acte administratif ont le droit d'obtenir le contrôle juridictionnel de cet acte, sous forme d'un recours direct ou par voie d'exception.³³ Les prévisions montrées dans la Recommandation CM/Rec (2007) 7 viennent renforcer les dispositions contenues à la lettre B Principes, pct.1 Partie du contrôle juridictionnel du sommaire de la Recommandation Rec (2004) 20 du Conseil de l'Europe et du Comité des Ministres des États membres concernant le contrôle juridictionnel des actes administratifs³⁴, dans le sens prévu à la lettre a : tous les actes de l'administration devraient pouvoir être soumis à un contrôle juridictionnel qui pourrait s'exercer sous forme d'un contrôle direct ou par voie d'exception.

Dans le contentieux administratif communautaire l'examen de légalité peut être fait par voie de l'exception d'illégalité.

Dans l'article 241 (184) du Traité de la Communauté Européenne on prévoit « sans être affectée par l'expiration du délai prévu à l'article 230§5, dans le cas d'un litige concernant un règlement adopté en commun par le Parlement Européen et par le Conseil

³⁰ Par exemple, en France on a limité à six mois le droit d'invoquer l'exception contre un acte administratif normatif en matière d'urbanisme, le délai commençant à couler à partir de la date de la décision individuelle émise conformément à l'acte réglementaire.

³¹ Voir Michel Fromont, *op. cit.*, p. 283.

³² Voir Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif*, 21^e édition, Dalloz-2006, pp. 499-500; René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 12^e édition, Montchrestien, 2006, pp.66 et passim; Jean Claude Ricci, *Droit administratif général*, Hachette Supérieur 2005, pp. 255-256.

³³ Recommandation CM/Rec (2007)7 art.22-1.

³⁴ Adoptée le 15 décembre 2004 à la 909 réunion de la Délégation des ministres.

ou un règlement du Conseil, de la Commission ou de la Banque Centrale Européenne, toute partie peut se prévaloir des motifs de droit prévus à l'article 230§2, pour pouvoir invoquer devant la Cour de Justice l'inapplicabilité de ce règlement ». Dans une certaine mesure, cette exception a été prévue, aussi, dans l'article 156 du Traité concernant la création de la Communauté Européenne de l'Energie Atomique - 1957 (Euratom) et dans l'article 36 (6) du traité par lequel on a institué la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA)³⁵.

Une définition de l'exception d'illégalité a été tentée, aussi, dans la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice.³⁶ L'exception d'illégalité est, dans l'acception de la Cour Européenne de Justice, une voie procédurale accessoire par laquelle on peut obtenir le manque d'effets juridiques d'un acte normatif illégal *inter-partes litigantes*, dans un procès principal où l'on demande l'annulation d'un acte individuel qui a exécuté l'acte normatif. Si l'annulation de l'acte normatif n'a pas pu être obtenue par voie d'un recours en annulation soit à cause du délai trop bref, soit en l'absence de la qualité processuelle active (l'annulation par voie directe peut être demandée par les États membres ou par les institutions communautaires), les personnes physiques ou juridiques peuvent invoquer, dans le cadre du procès en annulation de l'acte individuel, l'exception d'illégalité de l'acte normatif. L'exception d'illégalité peut être soulevée par n'importe quelle partie du litige même par un État membre, bien que celui-ci ait la voie du recours en annulation ouverte et ne peut pas être invoquée par des personnes privées si on pouvait demander l'annulation par voie du recours en annulation.³⁷ L'acte normatif n'est pas annulé, il continue de produire des effets juridiques autant qu'il reste en vigueur, tandis que l'acte individuel est annulé et cesse de produire des effets juridiques.

Comme dans le droit communautaire, on ne reconnaît pas à l'exception d'illégalité le caractère d'ordre public, elle a comme support le principe de la disponibilité et ainsi elle doit être soulevée et formulée explicitement.³⁸

Si conformément à l'article 241 du Traité de la Communauté Européenne l'objet de l'exception d'illégalité peut être seulement un règlement, dans la littérature juridique on a considéré que d'autres actes normatifs communautaires pourraient être contrôlés par cette voie.³⁹

Dans notre opinion, l'exception d'illégalité est l'une des plus belles créations juridiques de la jurisprudence et de la doctrine, en général, et du législateur, en particulier, qui mérite d'être protégée et développée conformément aux intérêts des particuliers, qui ont, ainsi, à leur disposition un moyen efficace de contrôle du respect de la légalité dans l'activité des autorités administratives et des institutions publiques nationales et communautaires. Nous croyons que cette institution juridique doit être à la portée du particulier, n'importe quand, sans aucun conditionnement dans le temps, car la légalité est un aspect de l'État de droit sans fin.

³⁵ Une fois l'entrée en vigueur du Traité de la Communauté Européenne - le Traité de Maastricht, qui est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, toute autre référence à l'exception d'illégalité a cessé ses effets. D'ailleurs CECA a fini d'exister le 23 juillet 1952, elle étant créée pour une durée de cinquante ans.

³⁶ C. 258-80, Rumi v. Commission, arrêt du 16 février 1982.

³⁷ Pour les détails voir Didier Blanc, *L'Union européenne. Aspects institutionnels et politiques*, Ellipses Édition Marketing S.A. Paris, 2006, p. 284.

³⁸ Voir, J. Sauron, *Droit et pratique du contentieux communautaire*, La Documentation Française, Paris, 1997, p. 31.

³⁹ Voir J. Steiner, L. Woods, *Textbook on EC Law*, 7^e édition, Blackstone Press, 2001, London, p. 546.