

## Qu'est-ce qu'une mesure gracieuse ?

Issu de Revue du droit public - n°3 - page 709

Date de parution : 01/05/2023

Id : RDP2023-3-010

Réf : RDP mai 2023, p. 709

Auteur :

Par Themistoklis Raptopoulos, Professeur de droit public, Université de Lille

### SOMMAIRE

#### I. – LES THÈSES EN PRÉSENCE : LA NÉGATION DE LA SPÉCIFICITÉ DES MESURES GRACIEUSES

##### A. – *Présentation synthétique*

##### B. – *Appréciation critique*

#### II. – PROPOSITION D'UN CONCEPT DE « MESURE GRACIEUSE »

##### A. – *La différence des mesures gracieuses par rapport à d'autres décisions favorables et discrétionnaires*

##### B. – *La spécificité des mesures gracieuses*

**Point de départ de l'étude : la distinction entre lignes directrices et orientations générales** – Faisant acte de défiance vis-à-vis du Conseil d'État, la cour administrative d'appel de Marseille a pu juger, en 2020, que les dispositions de la circulaire « Valls » du 28 novembre 2012, en tant qu'elles fixent des « lignes directrices » relatives au pouvoir du préfet de régulariser un étranger qui ne remplit pas les conditions légales pour l'obtention d'un titre de séjour, autorisent ce dernier à « s'en prévaloir » devant le juge administratif à l'appui d'un recours dirigé contre la décision préfectorale de rejet de sa demande d'admission exceptionnelle au séjour<sup>1</sup>. Statuant ainsi, la cour d'appel de Marseille s'était écartée de la solution retenue par la section du contentieux du Conseil d'État, quelques années plus tôt, dans sa décision *Cortes Ortiz* de 2015 : censé avoir mis fin, précisément, à une discordance jurisprudentielle opposant plusieurs juridictions du fond, dont certaines acceptaient et d'autres refusaient la qualité de « lignes directrices » aux dispositions de la circulaire en question, le Conseil d'État avait jugé, en cassation, que cette dernière comporte des simples « orientations générales » dont « l'intéressé ne saurait se prévaloir [...] à l'appui d'un recours formé devant le juge administratif »<sup>2</sup>.

Cette distinction entre lignes directrices et orientations générales a été réaffirmée par la jurisprudence ultérieure du Conseil d'État en matière de droit des étrangers<sup>3</sup>, et ce dernier a pu même affirmer, par un avis contentieux rendu en 2022, que le régime de l'invocabilité de la circulaire Valls n'a pas été modifié par la nouvelle règle que la loi dite « ESSOC » a introduite, en 2018, à l'article L. 312-3 du Code des relations entre le public et l'administration, aux termes duquel « [t]oute personne peut se prévaloir » de certains textes de portée générale, dont les circulaires, pourvu que ces textes satisfassent à certaines conditions de publication, ce qui est le cas pour la circulaire Valls<sup>4</sup>.

La réaffirmation vigoureuse de la part du Conseil d'État du défaut d'invocabilité de la circulaire Valls semble avoir supprimé toute nouvelle tentative de « rébellion » de la part des juridictions du fond statuant en la matière<sup>5</sup>. Or, la distinction ainsi maintenue entre « lignes directrices » et « orientations générales » soulève, à notre sens, une question dont la portée et l'intérêt dépassent le contentieux en question : celle de savoir ce qu'est un pouvoir « gracieux » ou, ce qui revient au même, ce qu'est une « mesure gracieuse ». Pour saisir l'intérêt de cette question et son lien avec la distinction en cause, il convient de rappeler brièvement le contexte plus large dans lequel s'inscrit cette dernière.

**Contexte de la distinction entre lignes directrices et orientations générales** – La distinction entre lignes directrices et orientations générales se rapporte à trois autres distinctions, de portée plus générale, qui se recoupent partiellement et sont toutes relatives à la normativité des actes administratifs unilatéraux. La première distinction, et la plus fondamentale, est celle entre, d'une part, les actes dits « décisifs » ou « normatifs » et, d'autre part, les actes qui ne disposent pas de la qualité que ces termes désignent<sup>6</sup>. Cette qualité est identifiée ou associée à la signification de normes impératives attribuée aux énoncés de l'acte concerné, que ces normes soient des règles générales et abstraites ou des décisions individuelles. La deuxième distinction concerne les différents types d'actes que l'administration désigne indistinctement sous le terme de « circulaire », dont les destinataires sont les agents d'un service donné, et l'auteur est l'organe sous l'autorité duquel sont placés les agents en question. Parmi ces actes, certains lient leurs destinataires par l'édition de règles générales et abstraites et sont qualifiés de ce fait de circulaires « impératives »<sup>7</sup>, ce qui les range dans la catégorie susmentionnée des actes « normatifs » ou « décisifs ». La troisième distinction porte sur les actes unilatéraux qui n'ont pas un caractère « normatif » ou « décisif » : à l'intérieur de cette catégorie, qui comprend les circulaires « non impératives », la jurisprudence et la doctrine distinguent certains actes dont les dispositions ont la signification de « lignes directrices »<sup>8</sup> : celles-ci sont censées guider les agents d'un service non pas en édictant de nouvelles règles – d'où leur défaut de caractère « décisif » ou « normatif » –, mais en explicitant les critères que les agents en question doivent prendre en compte afin de déterminer, en application de règles préexistantes qui leur accordent un pouvoir discrétionnaire, le contenu d'une décision individuelle.

**Portée de la distinction entre lignes directrices et orientations générales** – La distinction entre actes qui posent des nouvelles règles et actes qui fixent des critères d'appréciation s'avère problématique dans la mesure où l'idée de règle implique celle de critère, et *vice versa*<sup>9</sup>. Abstraction faite pour le moment de ce problème, sur lequel on reviendra<sup>10</sup>, l'arrêt *Cortes Ortiz* a compliqué les distinctions évoquées ci-dessus relatives à la normativité des actes administratifs unilatéraux, en y introduisant une nouvelle : il peut y avoir des actes – en l'espèce, des circulaires – dont les dispositions ne forment ni règle impérative, ni « lignes directrices », mais de simples « orientations générales ».

D'un point de vue contentieux, l'intérêt de la distinction entre « lignes directrices » et « orientations générales » tient en ce que, comme nous l'avons déjà noté, les administrés ne peuvent « se prévaloir » que des premières. Un administré peut « se prévaloir » d'une ligne directrice en invoquant le non-respect, par l'administration, des critères qu'elle fixe. Le respect de ces critères signifie que l'administration est tenue d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à ces derniers et ce, en ce sens qu'elle ne peut « y déroger » que « sous réserve de motifs d'intérêt général » et « de l'appréciation particulière de chaque situation »<sup>11</sup>. La qualification de « lignes directrices » a alors une conséquence pratique – l'invocabilité au contentieux des dispositions ainsi qualifiées –, et s'explique par une raison qui est également pratique, en ce sens qu'elle relève de la façon dont les dispositions ainsi qualifiées sont censées guider leurs destinataires dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire.

Compte tenu de ces éléments, mais aussi de la problématique plus générale dans laquelle s'inscrit la question des « lignes directrices » – celle de la distinction entre différents types d'actes administratifs en fonction de leur apport normatif –, on pourrait penser que la nouvelle distinction établie par l'arrêt *Cortes Ortiz* s'appuie, elle aussi, sur la façon particulière dont certaines dispositions – celles qui forment de simples « orientations générales », et non des lignes directrices – sont censées guider les agents auxquels elles s'adressent. Toutefois, et comme la doctrine organique l'a déjà remarqué, le Conseil d'État opère la distinction en question en se fondant « sur la nature du pouvoir discrétionnaire et sur une distinction entre deux formes de pouvoirs discrétionnaires »<sup>12</sup>.

**Orientations générales et pouvoir d'édicter des mesures gracieuses** – Plus précisément, la qualification d'« orientations générales » est fondée sur la nature particulière du pouvoir qui est visé par la circulaire en question, à savoir sur la nature particulière du pouvoir discrétionnaire dont dispose le préfet en matière de régularisation : si la circulaire « Valls » fixe des orientations générales et non des lignes directrices, ce n'est pas seulement parce que le préfet a la « faculté » de prendre « une mesure favorable à l'intéressé pour régulariser sa situation », mais aussi, et surtout, parce que cette faculté s'exerce « à titre gracieux et exceptionnel »<sup>13</sup>. En d'autres termes, si la circulaire « Valls » comporte de simples « orientations générales », et non des « lignes directrices », ce n'est pas en raison de la façon dont ses dispositions sont censées guider le préfet dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de régularisation, mais en raison de la nature même de ce pouvoir discrétionnaire : le préfet dispose d'un pouvoir *gracieux* ou, ce qui revient au même, du pouvoir de prendre des décisions favorables aux intéressés qui constituent des mesures « de faveur »<sup>14</sup>, dites aussi mesures « gracieuses »<sup>15</sup>. Corrélativement, qualifier les dispositions de la circulaire en question de « lignes directrices », comme a pu le faire la cour d'appel de Marseille en 2020, revient à requalifier le pouvoir de régularisation du préfet, voire à contester la thèse admise par le Conseil d'État du caractère *gracieux* de ce pouvoir et des décisions qui sont prises sur son fondement.

D'où l'intérêt, après ce bref détour, que représente à notre sens la distinction entre « lignes directrices » et « orientations générales » : saisir la portée de cette distinction revient à clarifier le concept même de « mesure gracieuse ».

**Les analyses existantes sur les mesures gracieuses** – Si ce concept est souvent absent des analyses que la doctrine consacre aux actes administratifs unilatéraux<sup>16</sup>, il a néanmoins fait l'objet de certaines études – dont les plus détaillées ont été fournies par Pascale Conod, auteure d'une étude pionnière en la matière<sup>17</sup>, et par Anne Foubert<sup>18</sup> – qui proposent à la fois un exposé et une explication théorique de la jurisprudence en la matière<sup>19</sup>. Or, de façon peut-être paradoxale, l'explication théorique proposée par ces analyses consiste à *nier* la spécificité de ce type de mesures : en étudiant la jurisprudence en la matière, les auteurs concluent qu'en définitive, le caractère « gracieux » des mesures en question ne s'explique pas par d'autres raisons que par le choix du juge administratif – ou, dans certains cas, du législateur – d'attribuer cette qualification à certaines mesures. Plus précisément, la littérature en la matière se caractérise par un certain consensus autour de deux points. Premièrement, il est admis qu'une mesure gracieuse présente deux caractéristiques : d'une part, son auteur dispose d'un pouvoir très largement discrétionnaire, et, d'autre part, la mesure elle-même consiste en l'octroi d'un avantage à son destinataire. Toutefois, et deuxièmement, il est également admis que ces deux caractéristiques ne permettent pas de distinguer les mesures gracieuses d'autres décisions qui ne sont pas qualifiées ainsi alors qu'elles sont également favorables pour leurs destinataires et adoptées en vertu d'un pouvoir très largement discrétionnaire. Il s'ensuit, selon les analyses en la matière, que le caractère « gracieux » des mesures en question est réductible à leur qualification et, surtout, au régime contentieux qu'implique cette qualification lorsqu'elle est effectuée par le juge administratif : celui-ci refuse d'apprécier la légalité des mesures qu'il qualifie de « gracieuses », déclarant irrecevables les recours qui sont dirigés aussi bien contre la décision d'octroi que contre le refus d'octroi de telles mesures<sup>20</sup>.

Cette approche présente deux séries d'inconvénients. En premier lieu, les auteurs remarquent à juste titre qu'il y a deux catégories de mesures à caractère gracieux<sup>21</sup> : d'une part, celles qui sont effectivement soustraites au contrôle juridictionnel et sont qualifiées de « mesures purement gracieuses » ; d'autre part, celles qui sont qualifiées de « mesures gracieuses » tout court et qui font, quant à elles, l'objet d'un contrôle juridictionnel, comme c'est précisément le cas, entre autres<sup>22</sup>, en matière de régularisation d'étrangers<sup>23</sup>. Mais, en deuxième lieu, abstraction faite des mesures gracieuses soumises à un contrôle juridictionnel, l'explication proposée par la doctrine concernant les « mesures purement gracieuses » – à savoir, celles dont le juge refuse de contrôler la légalité – ne s'avère pas satisfaisante : il doit y avoir certaines raisons qui expliquent ce choix jurisprudentiel, et ces raisons ne peuvent pas être réductibles à ce choix lui-même, au risque de la circularité. Ces raisons doivent donc se rapporter aux mesures gracieuses elles-mêmes. Or, la doctrine nie, précisément, la spécificité de ces mesures par rapport à d'autres mesures qui ne sont pas qualifiées de gracieuses alors qu'elles octroient un avantage à leur destinataire et sont adoptées en vertu d'un pouvoir très largement discrétionnaire. Le risque de circularité réapparaît alors : faute de spécificité des mesures elles-mêmes, le choix du juge de les qualifier de « gracieuses » ne peut s'expliquer que par son choix de les qualifier ainsi.

**Délimitation de l'analyse proposée** – Pour sortir de cette circularité, il faut répondre à deux séries de questions. La première porte sur le concept même de « mesure gracieuse » : en quoi consiste le caractère « gracieux » d'une décision ainsi qualifiée ? La seconde question concerne la justification de ce type de décisions : pourquoi reconnaître en premier lieu à l'administration la possibilité d'adopter des mesures gracieuses ? Cette seconde question se compose de deux problèmes distincts : pour quelles raisons l'administration juge-t-elle utile ou nécessaire de disposer de la possibilité d'adopter des mesures de ce type ? ; avec quelle légitimité le Conseil d'État peut-il décider lui-même, en l'absence même de toute prévision textuelle, de reconnaître à l'administration une telle possibilité ? Une réponse à ces deux problèmes nécessite une étude à part sur la sociologie et la philosophie de l'activité administrative et de la politique jurisprudentielle. Une telle étude impliquerait, notamment, une recherche empirique visant à identifier les raisons qui dictent effectivement la politique administrative et jurisprudentielle en la matière. Or, faute d'une telle recherche, le phénomène que le terme « mesures gracieuses » désigne ne peut être observé, par ceux qui n'appartiennent ni à l'administration ni aux administrés intéressés, que sous le prisme contentieux, le traitement juridictionnel des mesures en question étant le plus souvent, en l'état actuel de la recherche en la matière, le seul élément de preuve de leur existence même.

**Présentation et plan de l'analyse proposée** – Il n'en reste pas moins que le prisme contentieux permet déjà d'éclairer, selon la thèse ici défendue, la première question susmentionnée, relative au concept de « mesure gracieuse ». Seule cette question conceptuelle sera alors abordée ici, l'objectif étant de proposer une explication alternative du caractère « gracieux » des mesures ainsi qualifiées. Il s'agira à cet effet d'identifier certains traits qui caractérisent le pouvoir discrétionnaire qu'exerce l'auteur de telles mesures et pourraient expliquer, à la fois, en quoi consiste le caractère « gracieux » de ces dernières, ainsi que leur traitement juridictionnel (II). L'explication proposée à l'issue de cette analyse peut se résumer ainsi : une mesure est « gracieuse » en vertu du type de ses motifs qui ne peuvent pas être qualifiés d'« intérêt général » parce que, et dans la mesure où, l'administration et le juge refusent de les formuler en termes explicites et généralisables, et donc de les soumettre aux exigences du principe d'égalité<sup>24</sup>. Avant toutefois d'entamer une telle analyse, il importe de se pencher davantage sur les thèses en présence qui nient, précisément, la possibilité d'une telle conceptualisation, c'est-à-dire aux analyses qui nient la spécificité des mesures gracieuses (I).

## I. — LES THÈSES EN PRÉSENCE : LA NÉGATION DE LA SPÉCIFICITÉ DES MESURES GRACIEUSES

Avant de soumettre les analyses existantes en une appréciation critique (B), il importe de restituer les principales thèses dont elles se composent (A).

### A. — *Présentation synthétique*

Les analyses en la matière partagent quatre points communs, dont les trois premiers relèvent des données sur lesquelles les auteurs mettent l'accent, et

le quatrième porte sur l'explication proposée de ces données.

**Les données prises en compte** – En premier lieu, il est unanimement admis qu'un pouvoir gracieux est nécessairement un pouvoir discrétionnaire et, plus précisément, un pouvoir qui est très largement discrétionnaire parce que son exercice est « inconditionné » ou, à tout le moins, très faiblement encadré<sup>25</sup>. En deuxième lieu, les analyses en la matière soulignent qu'une mesure gracieuse consiste nécessairement en l'octroi d'un avantage, et qu'une mesure qui octroie un avantage à un administré est « gracieuse » non seulement lorsqu'elle est prise dans le cadre d'un pouvoir très largement discrétionnaire, mais lorsqu'elle peut être qualifiée, en plus, de mesure de « bienveillance » ou de « faveur », voire de mesure d'« équité » ou de « générosité »<sup>26</sup>. En troisième lieu, toutes les analyses mettent l'accent sur le traitement jurisprudentiel des mesures gracieuses, à savoir sur le fait que, en règle générale, le juge administratif déclare irrecevables les recours dirigés contre des décisions dont l'auteur dispose d'un pouvoir gracieux, qu'il s'agisse des décisions positives (octroyant un avantage à caractère gracieux) ou des décisions négatives (refusant l'octroi d'un avantage à caractère gracieux)<sup>27</sup>.

Pour rendre compte des mesures dites « gracieuses » qui font effectivement l'objet d'un contrôle juridictionnel, certaines analyses proposent une distinction entre deux catégories de mesures gracieuses : les mesures gracieuses « simples » et les mesures « purement gracieuses »<sup>28</sup>. Les premières sont celles qui font l'objet d'un contrôle juridictionnel et sont prévues par un texte législatif ou réglementaire. Les mesures « purement gracieuses » sont celles qui ne sont prévues par aucun texte et échappent à tout contrôle juridictionnel. Quelle que soit la pertinence de cette distinction, sur laquelle on reviendra<sup>29</sup>, elle présuppose l'unité du concept de « mesure gracieuse », à savoir un trait commun qui pourrait expliquer en quoi consiste le caractère « gracieux » d'une mesure, que celle-ci soit ou non prévue par un texte et qu'elle fasse ou non l'objet d'un contrôle juridictionnel.

**L'explication proposée** – S'agissant alors de cet élément conceptuel, et en quatrième lieu, les analyses en la matière proposent des explications qui *nient la spécificité* des mesures gracieuses : ces mesures ne diffèrent pas essentiellement d'autres mesures qui sont favorables pour leurs destinataires et sont adoptées dans le cadre d'un pouvoir largement discrétionnaire, leur caractère « gracieux » étant réductible au fait qu'elles sont qualifiées ainsi par le juge ou, éventuellement, par des textes du droit positif<sup>30</sup>. Corrélativement, et s'agissant des mesures « purement gracieuses », le caractère « gracieux » serait assimilé au traitement juridictionnel que le juge réserve aux mesures qu'il qualifie ainsi<sup>31</sup>. S'il en est ainsi, selon la même approche, c'est que le pouvoir dont dispose l'auteur d'une mesure gracieuse n'est pas fondamentalement différent, quant à son fondement ou à son étendue, par rapport à tout autre pouvoir très largement discrétionnaire.

Plus précisément, les auteurs remarquent, dans un premier temps, que l'existence ou non d'un texte et, plus généralement, la question du fondement du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'auteur d'une mesure gracieuse n'est pas un élément déterminant pour la qualification de ce type de mesures<sup>32</sup>. Par exemple, le juge administratif n'annule pas pour incompétence ou pour violation d'une règle de droit et, plus généralement, refuse d'apprécier la légalité (externe ou interne) même de certaines mesures, qualifiées de gracieuses, qui accordent un avantage qu'aucun texte ne prévoit, ou encore des mesures qui accordent un avantage à un administré alors que celui-ci ne remplit pas les conditions prévues à cet effet par un texte<sup>33</sup>. Les auteurs s'interrogent alors sur l'éventuelle spécificité, non pas du fondement, mais de l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'auteur d'une mesure gracieuse. Ils concluent par la négative par l'argument suivant : l'étude de la jurisprudence montre qu'il peut y avoir des mesures accordant un avantage qui ne sont pas qualifiées de « gracieuses », et ne sont pas soustraites au contrôle juridictionnel, alors même qu'elles sont adoptées dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir très largement discrétionnaire que rien ne semble différencier, quant à son étendue, par rapport aux pouvoirs dont dispose l'auteur d'une mesure gracieuse<sup>34</sup>.

Or, il reste toujours à expliquer pourquoi le juge n'accorde pas cette qualification à toutes les mesures qui partagent ces deux caractéristiques. À cette fin, la doctrine avance des explications d'ordre essentiellement pragmatique : le juge qualifierait certaines mesures « gracieuses » afin de ne pas encombrer son prétoire par des recours qui auraient de minces chances de « réussite » compte tenu du fait que les mesures en question sont favorables pour leurs destinataires et sont édictées dans le cadre de l'exercice d'un pouvoir qui est très largement discrétionnaire<sup>35</sup>, ces deux caractéristiques restreignant très considérablement aussi bien le cercle de personnes qui pourraient justifier d'un intérêt pour agir, que le cadre normatif de référence par rapport auquel la légalité de ces mesures pourrait être appréciée<sup>36</sup>.

## **B. – Appréciation critique**

Ainsi composées, les analyses en la matière présentent deux séries d'inconvénients qui relèvent, d'une part, de l'explication proposée concernant le statut contentieux des mesures gracieuses et, d'autre part, de la thèse avancée concernant le défaut de spécificité de ce type de mesures.

**L'explication du statut contentieux des mesures gracieuses** – Rappelons que la doctrine avance des raisons d'ordre essentiellement pragmatique pour expliquer le choix du juge de soustraire à son contrôle les mesures qu'il qualifie de « gracieuses ». Ce type d'explication présente trois inconvénients.

Premièrement, la doctrine soutient, nous l'avons vu, que les considérations pragmatiques qui expliqueraient le choix du juge se rapportent aux deux caractéristiques qui sont communes à toutes les mesures gracieuses : leur caractère favorable pour leurs destinataires et le fait que leur auteur dispose d'un pouvoir très largement discrétionnaire. Or, les mêmes considérations pragmatiques pourraient en principe s'appliquer aux autres mesures qui partagent ces deux caractéristiques sans être pour autant qualifiées de gracieuses ni soustraites au contrôle du juge. De deux choses l'une alors : soit les considérations pragmatiques invoquées ne peuvent pas expliquer le statut contentieux des mesures gracieuses ; soit ces mesures présentent effectivement certaines spécificités par rapport aux autres mesures qui partagent les deux caractéristiques susmentionnées.

Deuxièmement, les considérations pragmatiques en question ne peuvent expliquer pourquoi le juge refuse d'apprécier la légalité de certaines mesures dont il semble, précisément, que la légalité pourrait en principe être discutée sous le prisme de l'incompétence ou de la violation d'une règle de droit : il s'agit de ces mesures « purement gracieuses », déjà évoquées, qui attribuent un avantage qu'aucun texte ne prévoit ou attribuent un avantage à une personne qui ne remplit pas les conditions prévues à cet effet par un texte.

Enfin, et surtout, l'explication en question est solidaire de la thèse, évoquée plus haut, selon laquelle la spécificité des mesures gracieuses est liée à la spécificité de leur traitement juridictionnel, à savoir au refus du juge administratif d'en apprécier la légalité. Or, cette approche ne peut pas expliquer en quoi consiste le caractère « gracieux » de ces mesures qui sont soumises au contrôle du juge alors qu'elles sont qualifiées, elles aussi, de « gracieuses ». Il faut donc faire un choix entre deux explications possibles : soit il y a un trait particulier qui explique en quoi consiste le caractère « gracieux » de toute mesure qui est ainsi qualifiée, qu'elle soit ou non soumise au contrôle du juge ; soit il existe deux types de mesures gracieuses dont il faudrait expliquer à la fois les statuts contentieux respectifs et la façon spécifique dont chacune d'elles serait « gracieuse ».

**La négation de la spécificité des mesures gracieuses** – On trouve déjà dans les analyses existantes un élément qui pourrait privilégier la première explication envisagée : les auteurs remarquent, nous l'avons vu, que les mesures qui sont qualifiées de « gracieuses » peuvent être également qualifiées de mesures de « bienveillance » (ou de « faveur », etc.). Or, cette remarque n'est suivie, dans les analyses existantes, d'aucune conclusion quant à l'éventuelle spécificité des mesures gracieuses par rapport aux autres mesures qui partagent avec ces dernières les deux caractéristiques qui retiennent l'attention des auteurs, à savoir à celles des mesures qui, tout comme les mesures gracieuses, consistent en l'octroi d'un avantage et sont adoptées en vertu d'un pouvoir qui est très largement discrétionnaire.

**Le refus de prendre en compte l'élément de « bienveillance »** – Pour apprécier le refus de la doctrine de prendre en compte cet élément de bienveillance, il convient de rappeler les trois données en la matière qui retiennent l'attention des analyses existantes : (i) l'auteur d'une mesure

gracieuse dispose d'un pouvoir très largement discrétionnaire ; (ii) le contenu d'une mesure gracieuse consiste en l'octroi d'un avantage, et cet octroi peut être qualifié de mesure de « bienveillance » (ou de « faveur », etc.) ; (iii) le juge administratif refuse en principe de contrôler la légalité de telles mesures (il peut contrôler les mesures gracieuses « simples », mais jamais les mesures « purement gracieuses »).

De prime abord, cette façon de synthétiser la pensée de la doctrine ne rend pas justice à l'un des éléments susmentionnés : l'élément (ii) se compose en réalité de deux éléments distincts, à savoir de l'octroi d'un avantage et de la possibilité de qualifier cet octroi de mesure de « bienveillance ». Ces deux éléments ne se situent pas au même niveau d'analyse : le premier ne concerne que le contenu de la mesure, à savoir son caractère favorable pour l'administré, alors que le second ne concerne que son auteur, à savoir les motifs de l'organe qui a décidé d'adopter une mesure dotée d'un tel contenu. En effet, le caractère favorable d'une mesure s'apprécie par rapport à la situation (juridique ou matérielle) de l'administré<sup>37</sup>, telle qu'elle était avant l'adoption de la mesure et telle qu'elle se constitue après et grâce à l'adoption de la mesure. En revanche, la bienveillance qui caractérise (ou non) l'octroi d'un avantage ne peut s'apprécier que du point de vue de l'auteur de la mesure : agir par bienveillance (ou en « équité », afin de rendre une « faveur », etc.) revient à agir pour certaines raisons particulières (et non pas pour d'autres), de sorte que l'octroi d'un avantage ne peut être qualifié de mesure de bienveillance que si ce sont des considérations de bienveillance (et non pas d'autres) qui justifient, du point de vue de son auteur, cet octroi. De ce fait, il serait plus exact de rattacher l'élément de bienveillance à la considération (i) susmentionnée, à savoir au caractère très largement discrétionnaire du pouvoir en vertu duquel une mesure gracieuse est accordée. Or, la doctrine refuse, précisément, d'opérer un tel rattachement, à savoir de prendre en compte l'élément de bienveillance, et donc les motifs, dans son analyse du pouvoir discrétionnaire de l'auteur des mesures gracieuses.

Plus précisément, si les analyses en la matière évoquent l'élément de « bienveillance » (ou de « faveur », etc.), elles n'en tirent en définitive aucune conséquence pour l'analyse du concept de « mesure gracieuse » : une fois cet élément évoqué – le plus souvent, dans le cadre d'une définition préliminaire du terme « mesure gracieuse » –, il n'est plus mobilisé pour expliquer en quoi consiste le caractère « gracieux » d'une mesure<sup>38</sup>. Les auteurs qui justifient leur choix d'écarter cet élément avancent deux arguments.

Selon le premier argument, l'élément de bienveillance ne peut pas qualifier les mesures gracieuses du fait que le juge refuse de contrôler aussi bien l'adoption que le refus d'adoption d'une mesure gracieuse, et ce alors même qu'un tel refus ne constitue pas une mesure favorable pour l'administré<sup>39</sup>. Cet argument assimile la bienveillance au contenu favorable d'une mesure ; il confond ainsi le *contenu* et les *motifs* d'une décision en matière gracieuse, à savoir le caractère favorable (ou non) pour l'administré d'une telle décision, et les motifs de bienveillance de son auteur qui justifieraient (ou non) son adoption.

Le deuxième argument est partagé par les analyses qui affirment ou suggèrent qu'une mesure gracieuse est une mesure de bienveillance parce que son auteur est entièrement (ou très largement) libre de décider aussi bien de son adoption que de son contenu<sup>40</sup>. Selon une telle approche, tout pouvoir très largement discrétionnaire serait un pouvoir d'agir pour des motifs de bienveillance, et donc un pouvoir gracieux. Toutefois, les auteurs qui écartent l'élément de bienveillance de leur analyse soulignent, précisément, qu'une telle assimilation est démentie par les données en la matière puisqu'il s'avère que plusieurs mesures favorables pour les administrés peuvent être édictées dans le cadre d'un tel pouvoir discrétionnaire, sans être pour autant qualifiées de « gracieuses ». Or, cet argument présuppose ce qu'il convient de démontrer : que l'élément de bienveillance n'est pas apte à qualifier les mesures gracieuses parce que celles-ci sont le produit d'un pouvoir qui n'est pas plus largement discrétionnaire que le pouvoir en vertu duquel sont adoptées d'autres mesures qui ne sont pas pour autant qualifiées de gracieuses. Toutefois, la question que l'élément de bienveillance soulève est de savoir si le trait distinctif des mesures gracieuses ne tient pas, précisément, au *type de motifs* que leur auteur prend en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. En d'autres termes, si une mesure gracieuse peut être qualifiée de mesure de « bienveillance », la question qui se pose n'est pas celle de l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont dispose l'auteur d'une telle mesure, mais bien celle des motifs que cet auteur prend en compte dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Certes, il y a un lien évident entre l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire et la détermination des motifs que l'organe investi de ce pouvoir peut ou doit prendre en compte dans l'exercice de ce dernier : l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire dépend du degré de précision avec laquelle le droit positif détermine les motifs que l'organe compétent peut ou doit prendre en compte dans l'exercice de son pouvoir. Or, il est tout à fait possible de distinguer conceptuellement deux choses : d'une part, le type de motifs qu'un organe peut ou doit prendre en compte dans l'exercice de son pouvoir ; d'autre part, le degré de précision avec lequel le droit positif détermine ces motifs. Il reste alors à savoir si une telle distinction conceptuelle se confirme par les données en la matière. L'affaire *Cortes Ortiz* semble indiquer une réponse positive : si l'existence d'un pouvoir gracieux – en l'espèce, le pouvoir de régularisation du préfet – implique une distinction entre « deux formes de pouvoirs discrétionnaires »<sup>41</sup>, c'est parce que le pouvoir gracieux est un type particulier de pouvoir discrétionnaire, à savoir un pouvoir discrétionnaire qui est particulier en raison du type des motifs que son titulaire est autorisé à prendre en compte dans son exercice.

## II. – PROPOSITION D'UN CONCEPT DE « MESURE GRACIEUSE »

Afin de vérifier notre hypothèse concernant la spécificité des mesures gracieuses (B), il importe au préalable de mesurer leur différence par rapport à d'autres mesures qui, comme le remarque la doctrine, s'avèrent pour le reste très similaires à ces dernières (A).

### A. – La différence des mesures gracieuses par rapport à d'autres décisions favorables et discrétionnaires

Il convient ici de rappeler deux choses. D'une part, les analyses existantes qualifient les mesures gracieuses de mesures de « bienveillance », mais elles ne prennent pas l'élément de bienveillance en compte afin d'expliquer la spécificité des mesures gracieuses. De ce fait, et d'autre part, les analyses en question nient la spécificité des mesures gracieuses en se fondant sur l'argument suivant : l'étude de la jurisprudence montre que les mesures que le juge qualifie de gracieuses ne diffèrent pas essentiellement – quant à leur contenu ou l'étendue du pouvoir discrétionnaire de leur auteur – par rapport à d'autres mesures qui ne sont pas qualifiées de gracieuses, et sont par conséquent soumises au contrôle du juge.

Pour apprécier la pertinence de cet argument, il importe de se pencher sur la jurisprudence invoquée par la doctrine à son appui. Il convient à cet effet d'étudier les exemples jurisprudentiels dont l'analyse manifeste un certain consensus, en ce sens qu'il s'agit d'une série d'arrêts dont chacun est cité, à l'appui de l'argument en question, par au moins deux études différentes. Ces exemples jurisprudentiels peuvent être regroupés en deux catégories, dont la première concerne deux arrêts portant sur des dérogations en droit de l'urbanisme, et la seconde, quatre arrêts relatifs à des subventions.

**Les dérogations en droit de l'urbanisme**<sup>42</sup> – Les deux exemples jurisprudentiels communément invoqués à l'appui de l'argument susmentionné sont les arrêts *Commune de Marly-le-Roi* et *Buisine*<sup>43</sup>. Dans ces deux affaires, était en cause une décision préfectorale portant dérogation aux règles d'urbanisme. Le Conseil d'État a procédé à l'appréciation de la légalité de ces dérogations qui étaient favorables à leurs destinataires – puisqu'ils ont obtenu une autorisation qui aurait dû leur être refusée d'après les règles normalement applicables en la matière –, et pour l'édiction desquelles le préfet disposait d'un pouvoir très largement discrétionnaire. De ce fait, les arrêts en question sont communément présentés comme faisant partie des exemples jurisprudentiels qui montrent que « ni la présence d'un pouvoir discrétionnaire [...], ni même le degré de cette discrétionnalité – en particulier l'existence d'un pouvoir inconditionné – ne suffisent pour déceler une différence de nature entre les mesures gracieuses et d'autres mesures administratives comportant l'exercice de pouvoir discrétionnaire »<sup>44</sup>.

Deux précisions sont nécessaires à propos de cette jurisprudence. D'une part, dans les deux espèces, la possibilité pour le préfet d'adopter une dérogation était expressément prévue par les textes, le Conseil d'État précisant que c'est « sur le fondement » (arrêt *Buisine*) ou « sur la base » (arrêt *Commune de Marly-le-Roi*) de ces dispositions que les dérogations litigieuses avaient été adoptées. Toutefois, et d'autre part, l'élément ici déterminant n'est pas ce fondement textuel en soi, mais le fait que les textes en question déterminaient, fût-ce vaguement, les *motifs* qui devaient guider le préfet dans l'exercice de son pouvoir de dérogation.

Plus précisément, le texte applicable à l'affaire *Buisine* comportait une liste indicative des *motifs* qui pouvaient justifier l'exercice par le préfet de son pouvoir de dérogation, disposant entre autres que « [c]es dérogations peuvent, notamment, être accordées : pour des constructions neuves de caractère exceptionnel ou d'intérêt public [...] ». Le texte applicable à l'affaire *Commune de Marly-le-Roi* disposait, quant à lui, que le préfet peut « par dérogation aux dispositions du plan d'urbanisme en cours de révision, accorder les autorisations qui sont demandées pour les travaux publics ou privés non conformes à ces dispositions s'il estime que les travaux sont compatibles avec les dispositions du plan d'urbanisme révisé ». Si ce deuxième texte ne fait pas expressément référence à des *motifs d'intérêt général* qui doivent justifier une mesure dérogatoire, cette exigence résulte implicitement, mais nécessairement, de l'exigence de compatibilité des travaux autorisés par mesure dérogatoire avec le plan d'urbanisme en cause : un tel plan, comme tout acte administratif, est censé, par définition, être au service de considérations d'intérêt général ; par conséquent, accorder une dérogation compatible avec un plan d'urbanisme revient à adopter une décision individuelle qui ne retient pas les mêmes critères que ceux qui sont fixés par ce plan – sinon, il ne s'agirait pas d'une dérogation –, mais qui est censé néanmoins – c'est le sens de l'exigence de compatibilité – servir les mêmes considérations d'intérêt général que ce dernier.

Si dans l'affaire *Commune de Marly-le-Roi*, les dérogations litigieuses ont été annulées pour des raisons sans lien avec la question qui nous intéresse ici<sup>45</sup>, il en va autrement pour l'affaire *Buisine* : le Conseil d'État a souligné que « si l'énumération des motifs pour lesquels peuvent intervenir des dérogations [...] ne présente pas un caractère limitatif [...], l'autorité administrative ne saurait toutefois légalement user de la faculté qui lui est reconnue que pour des motifs d'urbanisme »<sup>46</sup>. Or, si les règles en matière d'urbanisme sont censées répondre à des considérations d'intérêt général, il s'ensuit nécessairement qu'une décision dérogeant à une telle règle pour des « motifs d'urbanisme » est une décision censée promouvoir, elle aussi, des considérations d'intérêt général. On comprend intuitivement ici, sans qu'il soit encore nécessaire de se pencher sur le concept de « bienveillance »<sup>47</sup>, qu'agir par souci de faire preuve de bienveillance vis-à-vis d'une personne déterminée n'est pas la même chose que d'agir par souci de servir une considération d'intérêt général. Par conséquent, si les textes en la matière habilite l'administration à adopter des dérogations favorables pour leurs destinataires, et qu'ils indiquent dans le même temps, fût-ce vaguement, que ces décisions sont motivées par des considérations d'intérêt général, il s'ensuit que ce n'est pas pour faire preuve de bienveillance vis-à-vis des administrés que la possibilité d'adopter de telles décisions a été en premier lieu consacrée.

Si alors le juge administratif ne qualifie pas les dérogations en question de mesures gracieuses, c'est parce qu'il considère que ces décisions doivent être justifiées par des motifs d'intérêt général, et qu'il lui incombe de contrôler le respect de cette exigence, à savoir d'exercer un contrôle sur les motifs des décisions en question. Cette explication a été par ailleurs confirmée, de manière plus claire encore, par une jurisprudence récente en la matière. Il s'agit de l'affaire *Durozey*, dans le cadre de laquelle le Conseil d'État a été saisi d'un recours dirigé contre une décision préfectorale refusant d'accorder à la requérante une autorisation de changement d'affectation d'un local à usage d'habitation<sup>48</sup>. Si le Code de la construction consacre l'interdiction du changement d'affectation des locaux d'habitation, il accorde expressément au préfet la possibilité d'accorder une telle autorisation à titre dérogatoire, sans pour autant préciser les critères qui doivent être pris en compte à cet effet. Le Conseil d'État a jugé, précisant lui-même les critères en question, qu'une telle dérogation « devait être motivée par des considérations tirées du nombre de logements disponibles dans la commune ou l'agglomération [et que] l'appréciation portée par le préfet pouvait tenir compte de données pertinentes au regard de l'objectif de préservation du parc de logements poursuivi par l'article [en l'espèce applicable] du Code de la construction de l'habitation »<sup>49</sup>. En d'autres termes, le Conseil d'État reconnaît à la fois que, même en l'absence de toute indication textuelle, les dérogations en question doivent être motivées par des considérations d'intérêt général<sup>50</sup>, et qu'il appartient au demeurant au juge administratif d'apprécier ces motifs dans le cadre du contrôle de leur légalité.

Les exemples étudiés jusqu'à présent montrent ainsi que, contrairement à ce qu'affirme la doctrine, il semble possible d'identifier un critère qui permette de distinguer les mesures gracieuses d'autres décisions qui sont, elles aussi, favorables pour leur destinataire et adoptées dans le cadre d'un pouvoir largement discrétionnaire : celles-ci, contrairement aux mesures gracieuses, ne sont pas censées être motivées par des considérations de « bienveillance » vis-à-vis de leur destinataire, mais par des motifs d'intérêt général que le juge accepte de contrôler.

**L'octroi d'une subvention** – C'est le même critère qui nous permet de comprendre pourquoi le juge ne recourt pas à la qualification de « mesure gracieuse » dans le second groupe d'exemples jurisprudentiels que la doctrine invoque pour nier la spécificité des mesures gracieuses. Ce second groupe est composé de quatre arrêts qui sont relatifs à des subventions, et dont les deux premiers portent sur des décisions de retrait ou de suspension d'une subvention, et les deux autres sur des décisions d'octroi d'une subvention, voire sur des décisions que la doctrine qualifie d'« octroi libre »<sup>51</sup> ou même de « mesure de bienveillance »<sup>52</sup> pour souligner le pouvoir très largement discrétionnaire de l'auteur de ces décisions et donc la similitude de ces dernières avec les mesures gracieuses<sup>53</sup>.

Les exemples relatifs aux décisions de retrait ou de suspension ne sont pas très significatifs pour la question qui nous intéresse ici dans la mesure où le juge s'intéresse aux motifs de retrait ou de suspension de la subvention et non aux motifs ayant justifié son octroi initial. Il n'en reste pas moins que les arrêts en question peuvent offrir quelques indices concernant ce dernier point. Le premier arrêt en ce sens est l'arrêt *Rivolier*<sup>54</sup>. En l'espèce, le Conseil d'État précise, dans un premier temps, que la subvention en cause avait été accordée « au titre » d'une loi « relative à la modernisation de l'habitat rural », et annule ensuite son retrait en s'appuyant sur les motifs que l'administration avait invoqués pour justifier cette décision<sup>55</sup>. Le deuxième exemple jurisprudentiel en question est l'arrêt *les Fils d'Auguste Peureux*<sup>56</sup>. En l'espèce, le Conseil d'État annule la décision attaquée, par laquelle l'administration refusait de verser à une entreprise une subvention qu'elle lui avait précédemment accordée. Si le commissaire du gouvernement souligne, dans ses conclusions, que « l'octroi de la subvention [litigieuse] n'est qu'une simple faculté pour l'État »<sup>57</sup>, il ressort clairement du décret consacrant cette faculté<sup>58</sup> que celle-ci n'a pas été instituée dans le but de faire preuve de « bienveillance » vis-à-vis des entreprises, mais constitue un outil de politique économique, censé répondre à des considérations d'intérêt général liés à cette politique<sup>59</sup>.

Plus significatifs pour la question qui nous intéresse ici sont les arrêts qui portent sur des décisions d'octroi d'une subvention. Rappelons que la doctrine souligne le fait que les décisions en question ne sont pas qualifiées de « gracieuses », et font donc l'objet d'un contrôle juridictionnel, alors même qu'elles consistent en l'« octroi libre » d'une subvention, en ce sens qu'elles sont, tout comme les mesures gracieuses, favorables pour leurs destinataires et adoptées dans le cadre d'un pouvoir très largement discrétionnaire.

Le premier exemple jurisprudentiel cité en ce sens est l'arrêt *Soulodre*<sup>60</sup>, relatif à une décision par laquelle un conseil municipal avait alloué, en juin 1945, une somme à la veuve et aux orphelins d'un conseiller municipal « mort pour la France des suites de sa déportation en Allemagne ». Sans même s'attarder sur l'éventuel fondement d'une telle décision, le Conseil d'État rejette le recours formé contre cette dernière, affirmant que le conseil municipal « a entendu honorer sa mémoire [du conseiller municipal défunt] en reconnaissance de l'exemple qu'il avait donné à ses concitoyens par sa conduite patriotique durant l'occupation », et que « le but que le conseil municipal s'est ainsi proposé présente une *intérêt communal* »<sup>61</sup>. Le deuxième exemple jurisprudentiel en question est l'arrêt *Eber et Levy*<sup>62</sup>, portant sur le recours dirigé contre une décision d'un conseil municipal accordant une subvention à une association sportive. Le Conseil d'État précise, dans un premier temps, que la subvention litigieuse avait été accordée sur le fondement d'une loi qui reconnaît aux conseils municipaux la faculté d'« accorder des subventions dans un but d'utilité publique ». Ensuite, si le Conseil

d'État affirme, pour rejeter le moyen tiré d'un détournement de pouvoir, que « l'opportunité de l'attribution d'une subvention [...] n'est pas de nature à être discutée devant la juridiction administrative » – ce qui témoigne bien du large pouvoir discrétionnaire de son auteur –, il précise au préalable, à propos de l'association ayant bénéficié de la décision litigieuse, que « les activités de cette association présentent un *caractère d'utilité publique communale* », et qu'il en est ainsi « du fait de leur contribution au développement de la pratique locale du sport ». Il s'avère alors, ici encore, que la décision litigieuse n'est guère motivée par des considérations de « bienveillance » vis-à-vis de son destinataire, mais par des motifs d'intérêt général – en l'espèce, d'utilité publique communale – qui, en tant que tels, sont soumis au contrôle du juge, même si ce contrôle s'avère restreint et ne porte donc pas sur l'opportunité de la décision en cause.

Si cette analyse permet de comprendre pourquoi le juge ne qualifie pas de « gracieuses » les mesures litigieuses dans les affaires étudiées ci-dessus, il reste toujours à expliquer pourquoi il retient cette qualification à propos d'autres mesures, ce qui revient à expliquer, d'après l'approche ici suivie, ce en quoi consiste un motif de « bienveillance ».

## **B. – La spécificité des mesures gracieuses**

**L'idée de bienveillance** – De prime abord, le concept de « bienveillance » semble inapte à expliquer les motifs d'une décision administrative : une telle décision, étant administrative, est censée – on dirait, par définition même – être motivée par des considérations d'intérêt général. Or, le terme de « bienveillance » désigne une certaine attitude pratique qui consiste à la fois à faire preuve d'un intérêt pour le sort d'une personne en particulier, et à vouloir agir sur la base de cet intérêt pour faire en sorte que la situation de cette personne se trouve améliorée par rapport à la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'une action bienveillante. En tant qu'attitude pratique alors, la bienveillance présuppose deux éléments. D'une part, une personne A ne peut faire preuve de bienveillance vis-à-vis d'une personne B que si A dispose d'un certain pouvoir vis-à-vis de B, sinon il serait impossible qu'une action de A puisse affecter, en l'améliorant, la situation de B. D'autre part, affirmer que A agit par bienveillance vis-à-vis de B présuppose que A aurait aussi bien pu agir pour d'autres raisons, mais qu'il décide d'agir pour des raisons de bienveillance afin, précisément, que la situation de B ne soit pas celle qu'elle aurait été si A (ou une autre personne qui dispose également d'un pouvoir vis-à-vis de B) avait agi (ou s'était abstenue d'agir) pour des raisons autres que de bienveillance.

Transposée aux décisions administratives, l'idée de bienveillance impliquerait alors la possibilité pour l'administration de prendre des décisions qui améliorent la situation d'un administré par rapport à la situation qui aurait été la sienne si l'administration avait pris une décision (ou avait refusé de prendre une décision) qui aurait été motivée par des considérations autres que de bienveillance. Or, l'administration est censée, précisément, prendre des décisions uniquement pour des motifs d'intérêt général, et ce qui assure la conformité des décisions administratives à cette exigence est le respect du principe de légalité et, corrélativement, le respect du principe d'égalité. Plus précisément, affirmer que les décisions administratives doivent être conformes au principe de légalité revient à affirmer que ces décisions doivent être conformes aux règles générales et abstraites qui régissent la matière et sont censées guider l'administration de telle sorte que ces décisions promeuvent des considérations d'intérêt général. Corrélativement, prendre une décision qui est conforme à une telle règle revient à traiter de la même manière – celle prescrite ou autorisée par la règle – des situations qui sont identiques du point de vue des critères que fixe la règle (ou son interprète) pour son application. Reconnaître alors à l'administration la possibilité de prendre des décisions de bienveillance revient à lui reconnaître la possibilité de prendre des décisions qui sont motivées par des considérations autres que des motifs d'intérêt général ou, ce qui revient au même, la possibilité de prendre des décisions qui sont soustraites au principe d'égalité parce qu'elles sont motivées par des considérations autres que celles déterminées par les règles générales et abstraites qui s'appliquent en la matière. Plus encore, il s'agirait de reconnaître à l'administration la possibilité de prendre des décisions à propos d'un administré dans le but, précisément, que la situation de ce dernier soit améliorée par rapport à la situation qui aurait été la sienne si l'administration avait agi conformément aux règles applicables en la matière et, corrélativement, conformément au principe d'égalité. Or, telle semble être précisément le cas pour les mesures gracieuses, comme il résulte aussi bien de la jurisprudence en la matière que des analyses de cette dernière de la part de la doctrine organique.

**Bienveillance et motifs des décisions administratives** – L'enjeu de l'affaire *Cortes Ortiz*, par exemple, n'était pas de savoir, tout simplement, si les dispositions de la directive « Valls » devaient ou non être tenues pour « invocables » par les intéressés : selon une jurisprudence constante, dont le Conseil d'État rappelle en l'espèce le principe, l'enjeu de la qualification ou non d'une disposition comme « ligne directrice » – ce dont dépend le caractère « invocable » d'une telle disposition – est de savoir si l'administration est tenue d'appliquer les critères de ladite disposition à toutes les situations qui s'avèrent être similaires d'après ces mêmes critères. En d'autres termes, qualifier ou non les dispositions d'une circulaire de « lignes directrices » revient à déterminer si l'administration doit justifier ou non ses décisions du point de vue du principe d'égalité. Plus précisément, qualifier de telles dispositions de « lignes directrices » revient à reconnaître à la fois que l'administration exerce toujours un pouvoir discrétionnaire – puisqu'elle reste libre d'apprécier l'opportunité ou non de décider dans un certain sens, plutôt que dans un autre – mais qu'elle doit néanmoins justifier ce choix en fonction des mêmes critères, tels qu'ils sont désignés par les dispositions en question. En ce sens, la jurisprudence sur les lignes directrices n'est que le prolongement d'une jurisprudence, déjà ancienne, qui exige que l'administration décide, en exerçant un pouvoir discrétionnaire, « sans préférence ni faveur »<sup>63</sup>. Or, cette exigence ne se limite pas aux seuls cas où l'administration décide en fonction de règles ou de lignes directrices – relatives aux critères d'application de ces règles – qui seraient explicites : même en l'absence de telles dispositions, le respect du principe d'égalité exige, comme le remarquait le rapporteur public dans l'arrêt *Durozey*, que « [t]out se passe un peu comme si chaque décision individuelle, dans les critères qu'elle fait apparaître, dévoilait une partie d'une directive implicite qui se dessinerait par effet de cliquet, faisant renaître une norme générale là où il n'y en avait pas »<sup>64</sup>. Corrélativement, vérifier le respect de la part de l'administration du principe d'égalité présuppose que « le juge est en droit d[e] connaître les motifs [d'une décision] pour les contrôler »<sup>65</sup>, parce que c'est uniquement en fonction d'un tel contrôle que le juge peut vérifier si, et pour quelle raison, l'administration a décidé ou non d'appliquer à un cas particulier les mêmes critères qu'elle avait appliqués à d'autres cas qui semblent être similaires du point de vue des critères en question, étant donné que deux situations ne peuvent être qualifiées de « similaires » que du point de vue d'un certain critère<sup>66</sup>. Affirmer alors que le principe d'égalité exige que l'administration réserve le même traitement à tous les cas qui sont similaires revient à affirmer que l'administration doit retenir le même critère pour déterminer ce qui compte comme « similaire » en premier lieu. Vérifier alors le respect du principe d'égalité de la part de l'administration présuppose la possibilité pour le juge de vérifier les motifs pour lesquels l'administration a retenu un certain critère (au lieu d'un autre) pour décider si un cas particulier fait ou non partie des cas qui sont « similaires » et doivent, pour cette raison, être traités de la même manière.

**Contrôle des motifs et principe d'égalité** – Or, c'est précisément ce type de contrôle que le juge administratif refuse d'opérer lorsqu'il qualifie une certaine mesure de « gracieuse ». Plus encore, il semble que c'est parce qu'il refuse d'opérer un tel contrôle qu'il qualifie une mesure de « gracieuse ». Plus précisément, dans la grande majorité des cas en la matière, le juge, lorsqu'il qualifie une mesure de « gracieuse », se borne à affirmer soit que celle-ci n'est prévue par aucun texte, soit que les textes en la matière ne rendent pas obligatoire pour l'administration l'adoption d'une telle mesure. Comme nous l'avons toutefois vu, la doctrine remarque, à juste titre, qu'il peut y avoir des mesures qui présentent les mêmes caractéristiques sans être qualifiées de « gracieuses ». Or, ce qui distingue les deux cas de figure, c'est la position du juge vis-à-vis du contrôle des motifs de la décision et de l'application du principe d'égalité. Ici encore, l'arrêt *Cortes Ortiz* s'avère riche d'enseignements par la distinction qu'il opère entre les cas où un administré a un « droit de prétendre » à un avantage et les cas où il n'a « aucun droit » par rapport à l'octroi d'un avantage<sup>67</sup>. Dans le premier cas, l'administré n'a pas un « droit » à l'octroi d'un avantage parce que l'administration dispose en la matière d'un pouvoir discrétionnaire. Il a pour autant le « droit d'y prétendre », en ce sens que l'administration est tenue, sous le contrôle du juge, de traiter son cas d'après les mêmes critères qu'elle a retenus pour des cas similaires : c'est le cas de figure qui se dessine lorsque le juge considère que l'administration est guidée dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par des « lignes directrices ». Dans le second cas, en revanche, l'administré n'a « aucun droit », en ce sens que l'administration n'a même

pas l'obligation de *justifier* sa décision du point de vue du principe d'égalité, c'est-à-dire qu'elle n'a même pas l'obligation - parce que le juge refuse, précisément, d'opérer un contrôle sur ce point, en qualifiant le pouvoir de l'administration de « gracieux » - de justifier les motifs de sa décision : l'administration n'a pas l'obligation de justifier les raisons pour lesquelles elle a décidé, non pas de procéder ou non à l'octroi d'un avantage, mais les raisons pour lesquelles elle a décidé d'appliquer ou non à un cas particulier les mêmes critères qu'elle avait retenus pour des cas précédents qui, en fonction de ces mêmes critères, semblent être similaires.

Ce lien entre le refus d'appliquer le principe d'égalité et le choix du juge de qualifier une mesure de gracieuse se confirme plus clairement encore par l'affaire *Rousseaux* où le Conseil d'État s'est abstenu de qualifier de « gracieuse » une mesure en raison, précisément, de son choix de soumettre le pouvoir discrétionnaire de son auteur au respect du principe d'égalité<sup>68</sup>. Plus précisément, le Conseil d'État a été saisi d'un recours dirigé contre le refus d'un directeur d'établissement pénitentiaire d'accorder à un agent placé en congé maladie le bénéfice d'une prime dont le maintien n'était pas prévu par les textes applicables en la matière, et ce alors même que cette prime avait été maintenue pour un collègue du requérant placé en congé maladie pour les mêmes raisons que ce dernier. Le Conseil d'État annule ce refus en jugeant que, si les textes en la matière « ne font pas obstacle à ce que l'administration puisse légalement, si des circonstances particulières l'exigent, procéder à un tel maintien », l'administration est néanmoins tenue, « si elle en décide ainsi », de « respecter le principe d'égalité », et donc « d'en faire également bénéficier, sans préférence ni faveur, tous les fonctionnaires se trouvant dans une situation analogue ». En statuant ainsi, le Conseil d'État, qui ne fait aucune référence au terme « mesure gracieuse » dans son arrêt, a suivi les conclusions de son rapporteur public qui consacre, lui, l'essentiel de ses analyses aux mesures gracieuses, soulignant que le Conseil d'État était ici amené à faire un choix : qualifier la mesure en question de « gracieuse » ou, au contraire, « confirmer l'application du principe d'égalité aux mesures discrétionnaires, qu'elles trouvent appui sur un texte ou non, sans laisser une place indue à la catégorie des mesures gracieuses »<sup>69</sup>.

L'idée que la qualification de « mesure gracieuse » relève en définitive d'un choix du juge de ne pas soumettre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire au respect du principe d'égalité est confirmée par d'autres conclusions ou commentaires d'arrêts de la doctrine organique<sup>70</sup>. C'est pour cette raison par ailleurs que, parfois, les mesures gracieuses sont aussi qualifiées d'« exceptionnelles »<sup>71</sup>, en ce sens qu'elles sont inaptes à fonder un quelconque précédent<sup>72</sup> : l'idée même de « précédent » présuppose l'idée de cas similaires, et donc l'emploi d'un critère de comparaison qui peut être formulé en termes explicites et généralisables, sinon il serait inapte à être utilisé à plusieurs reprises, à propos d'une multitude de cas, afin de permettre de faire le tri entre les cas qui peuvent constituer un « précédent » et ceux qui ne le peuvent pas.

**Application de l'explication proposée à quelques évolutions récentes** - L'approche ici proposée permet à notre sens d'expliquer certaines distinctions et évolutions en la matière. Elle permet d'expliquer tout d'abord pourquoi certaines mesures font l'objet d'un contrôle juridictionnel alors qu'elles sont qualifiées de « gracieuses » par le juge ou le législateur, comme c'est le cas, respectivement, pour les décisions en matière de régularisation d'étrangers ou pour les remises gracieuses prévues par le *Livre des procédures fiscales*. Dans le premier cas, le contrôle juridictionnel s'explique par des raisons que l'on pourrait qualifier de morales : comme le reconnaît la doctrine organique, une décision en matière de régularisation peut « représenter l'une des décisions administratives les plus importantes dans la vie d'une personne »<sup>73</sup>. De ce fait, le juge accepte de contrôler aussi bien la légalité externe que certains aspects de la légalité interne de ces décisions, dont notamment l'erreur manifeste d'appréciation des faits<sup>74</sup>. En plus, s'agissant des remises gracieuses prévues par le *LPF*<sup>75</sup>, le juge accepte de contrôler le respect d'une condition prévue par la loi, à savoir l'exigence selon laquelle une telle mesure gracieuse ne peut être accordée qu'à des contribuables qui se trouvent « dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence »<sup>76</sup>. Or, si une telle mesure reste gracieuse, c'est parce que la condition en question - et son contrôle par le juge - ne concerne que la détermination de la classe de contribuables qui peuvent éventuellement profiter d'une remise gracieuse, et non pas la détermination des critères que l'administration fiscale emploie pour distinguer, à l'intérieur de cette classe de contribuables, ceux qui obtiendront et ceux qui n'obtiendront pas une telle remise<sup>77</sup>. C'est la même logique qui explique pourquoi dispose d'un caractère « gracieux » la décision ou le refus du préfet d'accorder un titre de régularisation à tous ceux qui font partie de la classe d'étrangers qui peuvent éventuellement bénéficier d'une telle mesure.

Ce qui caractérise alors toute mesure gracieuse, ce n'est pas l'absence de tout contrôle (cela ne caractérise que les mesures « purement gracieuses »), mais le refus du juge de contrôler les critères et donc les motifs de la décision, c'est-à-dire son refus de contrôler ces motifs par rapport au respect du principe d'égalité. Par ailleurs, cette caractéristique des mesures gracieuses permet à notre sens d'expliquer deux évolutions récentes de la jurisprudence en la matière. La première évolution a été marquée par l'arrêt *Thalineau*, par lequel le Conseil d'État a admis la recevabilité du recours d'un tiers contre une mesure qualifiée de gracieuse<sup>78</sup> : si cette recevabilité a été admise en l'espèce, c'est parce que le requérant ne se prévalait guère du principe d'égalité pour attaquer la décision litigieuse<sup>79</sup>. La deuxième évolution a été apportée par l'arrêt *Baron*<sup>80</sup>. En l'espèce, le Conseil d'État a été saisi d'un recours dirigé contre le refus d'abroger une décision ministérielle instituant une indemnité au profit d'une catégorie d'agents. Répondant à l'argument du ministre selon lequel la décision en question était insusceptible de recours en tant que « mesure purement gracieuse », le Conseil d'État reconnaît qu'il s'agit d'« une mesure favorable [pour les agents concernés] qui n'est imposée par aucun texte ». Il précise toutefois que la qualification de « mesure purement gracieuse » ne saurait en l'espèce être retenue dès lors que la décision en question « présente un caractère réglementaire ». Or, contrairement à ce que pourrait laisser penser le résumé de l'arrêt au *Recueil Lebon* - où il est indiqué qu'« [u]n acte réglementaire ne saurait revêtir le caractère d'une mesure purement gracieuse » - l'élément déterminant en l'espèce n'est pas en soi le caractère réglementaire de la décision litigieuse, mais la raison pour laquelle celle-ci est réglementaire : il en est ainsi parce que cette décision ne se borne pas à instituer une indemnité au profit d'une catégorie d'agents mais, en plus, et selon les termes de l'arrêt, parce qu'elle « fixe les règles selon lesquelles [l'indemnité] est versée ». Or, c'est précisément la consécration de telles règles, fixant les critères pour l'attribution d'un avantage, qui est incompatible avec l'idée même de mesure gracieuse<sup>81</sup>, et c'est pour cette raison que le Conseil d'État, une fois la qualification de mesure gracieuse écartée, accepte d'examiner le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité.

En définitive, si les mesures gracieuses ont suscité une certaine perplexité, mais aussi de vives critiques, de la part de la doctrine, c'est parce qu'elles dévoilent un impensé du droit administratif : la possibilité pour l'administration, avec l'aval du juge, d'agir, au bénéfice de certains administrés en particulier, pour des motifs autres que des motifs d'intérêt général, à savoir pour des motifs que l'administration et le juge refusent de formuler en termes explicites et généralisables, en donc sans possibilité de les soumettre aux exigences du principe d'égalité.

1 - \* Nous remercions vivement le Professeur Jacques Petit de sa lecture d'une version antérieure de ce texte. Tous les défauts du texte ici publié nous sont bien évidemment imputables.

2 - (1) CAA Marseille, 9 nov. 2020, n° 20MA01402 : AJDA 2021, p. 49, comm. S. Slama.

3 - (2) CE, 4 févr. 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, n° 383267 : Rec. avec les concl. ; AJDA 2015, p. 445, chron. J. Lessi & L. Dutheillet de Lamothe ; *ibid.*, p. 806, note D. Costa ; RFDA 2015, p. 471, concl. B. Bourgeois-Machureau ; JCP A, 2015, n° 26, 2196, obs. G. Marti ; DA n° 6, juin 2015, comm. 38, note G. Éveillard.

4 - (3) CE, 16 oct. 2017, *M. Khodadad et Mme Azizi*, n° 408374 : AJDA 2017, p. 1983 et p. 2424, concl. G. Odinet ; JCP A, n° 12, 26 mars 2018, 2089, p. 1, obs. G. Marti ; *ibid.*, n° 43-44, 30 oct. 2017, p. 1, obs. L. Erstein ; DA, n° 2, févr. 2018, comm. 10, p. 39, note J. Mouchette.

5 - (4) CE, avis, 14 oct. 2022, n° 462784 : Rec. avec les concl. C. Malverti ; AJDA 2022, p. 1982, obs. E. Maupin ; *ibid.*, p. 2461, note Th. Janicot & R. Wadjjiny-Green ; JCP A, n° 42, 24 oct. 2022, act. 627, obs. L. Erstein ; *ibid.*, n° 48, 5 déc. 2022, comm. 2332, p. 1, note A. Le Brun ; Dalloz actualité, 26 oct. 2022, obs. J.-M. de Poulpiquet ; Procédures, déc. 2022, n° 12, comm. 289, obs. N. Chiffot.

6 - (5) Y compris de la part de la cour administrative d'appel de Marseille. V. p. ex. son arrêt du 13 mars 2023, n° 22MA00929, spéc. le point 8, visant explicitement l'avis contentieux de 2022.

7 - (6) Pour une vue d'ensemble, v. J. Petit & P.-L. Frier, *Droit administratif*, 16<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2022, n° 542 et s., p. 373 et s. ; B. Plessix, *Droit administratif général*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2022, n° 742 et s., p. 1039 et s. ; B. Seiller, « Acte administratif : identification », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz,

juin 2020, n° 274 et s.

8 - (7) CE, sect., 18 déc. 2002, Duvignères, n° 233618 : Rec. 463 avec les concl. ; RFDA 2003, p. 280, concl. P. Fombeur et p. 510 note J. Petit ; AJDA 2003, p. 487, chron. F. Donnat et D. Casas ; JCP A 2003, n° 5, p. 94, comm. J. Moreau ; GAJA, 22<sup>e</sup> éd., 2019, n° 101, p. 778.

9 - (8) Il s'agit des anciennes « directives » au sens de la jurisprudence Crédit Foncier de France (CE, sect., 11 déc. 1970, n° 78880, Rec. 750 avec les concl. L. Bertrand), rebaptisées « lignes directrices » depuis l'arrêt Jousselin (CE, 19 sept. 2014, n° 364385 : AJDA 2014, p. 2262, concl. G. Dumortier ; DA n° 12, déc. 2014, comm. 70, note J.-B. Auby ; JCP A, n° 43, 27 oct. 2014, comm. 821, note P. Cassia). Plus analytiquement : B. Seiller, « Acte administratif : identification », *op. cit.* n° 426 et s. ; J. Petit & P.-L. Frier, *Droit administratif, op. cit.*, n° 566, p. 383 et s..

10 - (9) Le problème peut se résumer ainsi : suivre une règle revient à appliquer un critère qui permet de distinguer entre la bonne et la mauvaise application de la règle (ou entre les cas où la règle peut ou doit s'appliquer et les cas où la règle ne peut ou ne doit pas s'appliquer) ; inversement, décider en fonction d'un critère revient à décider en fonction d'une règle qui permet de distinguer entre les cas où une décision dans un sens donné peut ou doit être prise, et les cas où une telle décision ne peut ou ne doit pas être prise.

11 - (10) *Infra*, II.B.

12 - (11) CE, 4 févr. 2015, Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz, précité.

13 - (12) J. Lessi & L. Dutheil de Lamothe, « L'obligation, le choix, la grâce », chron. sous CE, 4 févr. 2015, Cortes Ortiz, AJDA 2015, p. 443.

14 - (13) CE, 4 févr. 2015, Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz, précité.

15 - (14) Selon la terminologie retenue par le Conseil d'État en matière de régularisation des étrangers : CE, 4 févr. 2015, Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz et CE, avis, 14 oct. 2022, précités.

16 - (15) En ce sens, il est inexact d'affirmer que « ce pouvoir gracieux [de régularisation] résulte précisément de la circulaire ministérielle qui énonce [selon les termes de l'arrêt Cortes Ortiz] 'des orientations générales destinées à éclairer les préfets dans l'exercice de leur pouvoir de prendre des mesures de régularisation, sans les priver de leur pouvoir d'appréciation' », D. Costa, « Des directives aux lignes directrices : une variation en clairs-obscur », note sous CE, 4 févr. 2015, Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz, précité : AJDA 2015, p. 806, spéc. § II.

17 - (16) Ainsi, le terme « mesures gracieuses » est souvent absent de l'index ou des tables des matières des ouvrages généraux. Ces derniers se limitent par ailleurs, le plus souvent, à évoquer les mesures gracieuses dans leurs développements consacrés aux actes qui sont insusceptibles de recours. Pour une exception notable, v. J. Petit & P.-L. Frier, *Droit administratif, op. cit.*, n° 471, p. 323, et n° 579, pp. 399, où la question des mesures gracieuses est traitée sous l'angle du principe d'égalité. Sur ce point, v. *infra*, II. B.

18 - (17) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », RDP 1993, n° 5, pp. 1351-1384. Voir, du même auteur : « La régularisation exceptionnelle de la situation des étrangers déboutés de leur demande d'asile », note sous CE, 21 nov. 1994, Alihan Albayrak, n° 146608 : RFDA 1995 p. 100 ; « Une nouvelle étape dans l'infléchissement de l'injusticiabilité des mesures gracieuses », note sous CE, 20 mars 2019, Baron et Association Sang d'encre, n° 404405 : DA n° 6, juin 2019, comm. 32, p. 29 ; « Ne pas juger la légalité (administrative) : le cas des actes "injusticiables" », in B. Defoort & B. Lavergne (dir.), *Juger de la légalité administrative : quel(s) juge(s) pour quelle(s) légalité(s)*, LexisNexis, 2021, pp. 111-121, spéc. p. 114-115.

19 - (18) A. Foubert, *Le don en droit*, thèse dactyl., Université Panthéon-Assas, 2006, p. 31 et s., n° 29 s. ; p. 96 et s., n° 106 et s. ; p. 238-239, n° 254 et p. 279 et s., n° 295 et s. ; Id., « Les meures purement gracieuses », in N. Jacquinet (dir.), *Le don en droit public*, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2013, pp. 51-63 ; Id., « Immunité juridictionnelle des mesures purement gracieuses : mystère de l'injusticiabilité », in P. Serrand & P. Szvedo (dir.), *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, Mare & Martin, 2014, pp. 55-69.

20 - (19) J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », note sous CE, 15 juin 2007, Denance, n° 285441, DA, 2007, n° 11, étude 17 ; D. Costa, « L'ouverture du prétoire aux tiers contre les mesures purement gracieuses : quand le défaut d'intérêt à agir dissimule l'illégalité », note sous CE, 21 nov. 2016, Thalineau, n° 392560, AJDA 2017, p. 999. V. également : B. Defoort, *La décision administrative*, préf. B. Seiller, LGDJ, 2015, n° 496 ; Ch. Froger, « Notion d'acte administratif - Effets de droit », *JurisClasseur administratif*, Fasc. 106-20, LexisNexis, 2016 [mise à jour : 1<sup>er</sup> janv. 2023], n° 48 et s. ; B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 768, pp. 1064. V. aussi les brèves mais denses remarques formulées dans une note, signée J.M.C., sous CE, 1<sup>er</sup> juill. 1974, Ararto, n° 79957 : AJDA 1976, p. 565, spéc. p. 567.

21 - (20) Comme on le verra toutefois (*infra* II.B), la jurisprudence a récemment admis la recevabilité du recours formé par un tiers contre l'octroi d'une mesure gracieuse. Il n'en reste pas moins que cette évolution n'a pas conduit la doctrine à changer sa position.

22 - (21) La distinction entre « mesures gracieuses » et « mesures purement gracieuses » est notamment soulignée par A. Foubert, « Les meures purement gracieuses », *op. cit.* ; Id., *Le don en droit, op. cit.*, p. 35 et s., n° 35 et s., et p. 96 et s., n° 106 et s.

23 - (22) V. la jurisprudence citée par A. Foubert, « Immunité juridictionnelle des mesures purement gracieuses : mystère de l'injusticiabilité », *op. cit.*, pp. 63 et 66.

24 - (23) Pour des exemples jurisprudentiels en ce sens, v. (par ordre chronologique) : F. Malliol, « La régularisation du statut administratif des étrangers dépourvus de titres de séjour », D. 1997, p. 79, spéc. n°s 8 et 9 ; D. Catteau, « Le contrôle des régularisations exceptionnelles, entre fait majoritaire et fait du prince », AJDA 2007, p. 403 ; G. de La Taille, « Les limites du pouvoir discrétionnaire de régularisation du préfet », note sous CAA Bordeaux, 20 mars 2012, n° 11BX01899, AJDA 2012, p. 1501 ; V. Tchen, « Les circulaires de régularisation des étrangers en situation irrégulière devant le juge administratif », note sous CAA Paris, plén., 4 juin 2014, n° 14PA00226, DA, n° 10, oct. 2014, comm. 61, spéc. n° 2 ; S. Slama, « Le statut à part des circulaires de régularisation des sans-papiers », in A. Perrin (dir.), *La régularisation*, Mare & martin, 2018, pp. 139-159, spéc. p. 148 ; J. Mouchette, « La délivrance d'un visa au titre de l'asile est une mesure de faveur », note sous CE, 16 oct. 2017, n° 408374, Khodadad, DA, n° 2, févr. 2018, pp. 39-42, spéc. § 3, p. 42.

25 - (24) Les analyses existantes en la matière remarquent effectivement, suivant la doctrine organique (v. *infra*, II.B), que le juge soustrait les mesures gracieuses aux exigences du principe d'égalité. Toutefois, et sauf erreur de notre part, l'idée que c'est précisément ce traitement juridictionnel qui pourrait éclairer la spécificité des mesures gracieuses n'a pas attiré l'attention de la doctrine, à quelques exceptions près : J. Mouchette, « La délivrance d'un visa au titre de l'asile est une mesure de faveur », note sous CE, 16 oct. 2017, n° 408374, Khodadad, précité : DA, n° 2, févr. 2018, comm. 10, spéc. p. 41 ; J. Petit & P.-L. Frier, *Droit administratif, op. cit.*, n° 471, p. 323, et n° 579, p. 399.

26 - (25) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 1358 et s. ; B. Defoort, *La décision administrative, op. cit.* ; Ch. Froger, « Notion d'acte administratif - Effets de droit », *op. cit.*, n° 48 ; B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1064.

27 - (26) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 1352 et 1355 (mesures de « bienveillance », de « bienfaisance » ou d'« équité ») ; B. Plessix, *Droit administratif général, op. cit.*, p. 1034 (mesures de « faveur » et de « générosité ») ; J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.* (mesures de « faveur » et de « bienveillance »).

28 - (27) Nous empruntons les termes « décision positive » et « décision négative », au sens précisé ci-dessus, à P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.* pp. 1355, 1367 et s., et 1373 et s.

29 - (28) En ce sens, v. A. Foubert, « Les meures purement gracieuses », *op. cit.*, qui remarque, notamment, que « cette distinction entre les mesures gracieuses qu'aucun texte ne prévoit et celles qui sont prévues par un texte [semble être] nécessaire pour rendre compte [l']état du droit [en la matière] » (*ibid.*, p. 52), et qu'il en est ainsi parce que « le régime juridique des mesures gracieuses prévues par un texte [est] sensiblement distinct de celui des mesures gracieuses qu'aucun texte ne prévoit » (*ibid.*, p. 53). Dans le même sens, v. J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.*, n° 14.

30 - (29) *Infra*, II.B.

31 - (30) L'argument le plus détaillé en ce sens a été développé par l'étude précitée, dont il constitue la thèse principale, de P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, et aussi par J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.*, qui résume sa thèse ainsi : « aucun des critères traditionnels [concernant le fondement ou l'étendue du pouvoir discrétionnaire de l'auteur d'une telle mesure] n'est de nature à définir ce qu'est une mesure gracieuse » (n° 23).

32 - (31) P. Gonod, « Une nouvelle étape dans l'infléchissement de l'injusticiabilité des mesures gracieuses », *op. cit.*, p. 30 : « Les mesures gracieuses ne présentent pas d'autre unité que leur immunité juridictionnelle ». Dans le même sens : *id.*, « La régularisation exceptionnelle de la situation des étrangers déboutés de leur demande d'asile », *op. cit.* ; J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.*, n° 22

et 23.

33 - (32) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 1362 et s. ; J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.*, n° 13 et s. ; B. Defoort, *La décision administrative*, *op. cit.*, n° 496.

34 - (33) V. les arguments et les exemples jurisprudentiels invoqués en ce sens par les études citées dans la précédente note de bas de page.

35 - (34) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 1355 : « Pour être désignée comme une mesure gracieuse par le Conseil d'État, la décision prise par l'autorité administrative doit correspondre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire et constituer l'attribution d'un avantage. Cependant, toute décision administrative présentant de telles caractéristiques n'est pas constitutive d'une mesure gracieuse ». Dans le même sens : B. Defoort, *La décision administrative*, *op. cit.*, n° 496.

36 - (35) B. Defoort, *La décision administrative*, *op. cit.*, n° 496 ; Ch. Froger, « Notion d'acte administratif - Effets de droit », *op. cit.*, n° 52 ; B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.*

37 - (36) B. Plessix, *Droit administratif général*, *op. cit.* p. 1034 : les mesures gracieuses seraient des actes « qui ne peuvent être contrôlés, faute d'être contrôlables ».

38 - (37) Comme le remarque la doctrine, l'avantage accordé à un administré par une mesure gracieuse peut être relatif aussi bien à la situation juridique qu'à la situation matérielle (notamment financière) de ce dernier. V. les différents exemples cités en ce sens par P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 1355 et s. ; Ch. Froger, « Notion d'acte administratif - Effets de droit », *op. cit.*, n° 50.

39 - (38) En d'autres termes, l'élément de « bienveillance » fait partie de la définition du terme « mesure gracieuse », mais non de l'explication du concept que ce terme désigne, à savoir de l'explication de ce en vertu de quoi une mesure dispose d'un caractère « gracieux ».

40 - (39) J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.*, n° 7 et s.

41 - (40) V. *supra*, les références citées dans la note de bas de page n° 17.

42 - (41) J. Lessi & L. Dutheil de Lamothe, « L'obligation, le choix, la grâce », *chron. précitée*.

43 - (42) La technique de dérogation est aujourd'hui récurrente en matière d'urbanisme : les textes fixant les règles générales en la matière habilent les organes compétents à adopter des décisions individuelles qui autorisent, par exemple, une construction ou un certain type d'affectation de lieux alors même que les critères prévus à cet effet par ces mêmes textes ne sont pas remplis. Pour une vue d'ensemble sur ce sujet, v. A. Perrin, « Exceptions et dérogations : l'exemple du droit de l'urbanisme », in A. Vidal-Naquet & M. Fatin-Rouge Stefanini (dir.), *La norme et ses exceptions : Quels défis pour la règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 145-156.

44 - (43) CE, 28 janv. 1972, Commune de Marly-le-Roi et CE, 4 févr. 1972, Buisine : RDP 1972, p. 1359, note M. Waline.

45 - (44) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 1361. Citant ces deux arrêts (ou l'un des deux) dans le même sens : B. Defoort, *La décision administrative*, *op. cit.* ; Ch. Froger, « Notion d'acte administratif - Effets de droit » *op. cit.*, n° 49 ; J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », *op. cit.*, n° 21.

46 - (45) V. les précisions sur ce point de M. Waline dans sa note précitée, p. 1340.

47 - (46) Nous soulignons.

48 - (47) *Infra*, II.B.

49 - (48) CE, sect., 30 déc. 2010, Min. du logement c/ Mme Durozey, n° 308067 : Rec. avec les concl. ; RJEP 2011, comm. 27, concl. G. Dumortier ; AJDA 2011, p. 150 *chron.* D. Botteghi & A. Lallet ; JCP A 2011, 2141, note G. Pellissier

50 - (49) Nous soulignons.

51 - (50) En l'espèce, par les mêmes considérations d'intérêt général que celles qui sous-tendent les règles d'urbanisme auxquelles les décisions en question dérogent.

52 - (51) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 1361 et notes de bas de page n° 58 et 59.

53 - (52) J.-M. Woehrling, « Mesures gracieuses : le maintien regrettable d'un archaïsme », n° 21 et note de bas de page n° 19.

54 - (53) P. Gonod, « Les mesures gracieuses dans la jurisprudence du Conseil d'État », *op. cit.*

55 - (54) CE, 24 oct. 1956, Rivolier : Rec. 382.

56 - (55) Aux termes de l'arrêt Rivolier : « si le ministre allègue que la décision de retrait attaquée a été prise à raison des nécessités du maintien de l'ordre public, une telle circonstance ne peut justifier légalement ladite décision qui, eu égard de sa nature, ne saurait présenter le caractère d'une mesure de police ».

57 - (56) CE, 25 juill. 1986, Sté des grandes distilleries « Les fils d'Auguste Peureux » : RFDA 1987, p. 454, concl. O. Fouquet.

58 - (57) *Ibid.*, p. 457.

59 - (58) Décret n° 64-243 du 14 mars 1964, Portant création d'une prime d'orientation pour les entreprises de stockage, de transformation et de commercialisation des produits agricoles et alimentaires, JO du 18 mars 1964, p. 2537.

60 - (59) Ce qui explique, par exemple, pourquoi le décret en question disposait, entre autres, que le montant de la subvention à accorder « varie notamment en fonction de l'intérêt économique de l'opération », et qu'il est établi « en pourcentage de la valeur des investissements diminué du montant des taxes éventuellement déductibles [...] ».

61 - (60) CE, 5 juin 1946, Souldre : Rec. 160.

62 - (61) Nous soulignons.

63 - (62) CE, 10 janv. 1968, Eber et Levy : Rec. 27.

64 - (63) CE, 13 janv. 1932, Sté La Grande Taverne, n° 2871 : Rec. 36. Même formule : CE, 18 nov. 2011, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Rousseaux, n° 344563 : BJCL, 2012, n° 6, p. 454, concl. D. Botteghi ; AJDA 2012, p. 502, note Ph. Lagrange ; JCP A, n° 2, 16 janv. 2012, 2010, note D. Jean-Pierre.

65 - (64) G. Dumortier, concl. sur CE, 30 déc. 2010, Durozey, précité, spéc. § II.C.4

66 - (65) *Ibid.*

67 - (66) Comp. C. Malverti, concl. sur CE, avis, 14 oct. 2022, *op. cit.*, p. 1, n° 1.1 : les lignes directrices, par opposition aux orientations générales, constituent « en quelque sorte une codification de leurs motifs [des décisions individuelles] de nature à garantir une égalité de traitement entre les administrés » (nous soulignons).

68 - (67) CE, 4 févr. 2015, Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz, précité. V. les analyses sur ce point de B. Bourgeois-Machureau, concl. précitées, RFDA 2015, p. 471 et s., et de J. Lessi & L. Dutheil de Lamothe, « L'obligation, le choix, la grâce », *chron. précitée*.

69 - (68) CE, 18 nov. 2011, Garde des Sceaux, ministre de la Justice et des libertés c/ Rousseaux, précité.

70 - (69) D. Botteghi, concl. précitées sur CE, 18 nov. 2011, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés c/ Rousseaux, *op. cit.*, p. 456. Le même rapporteur remarquait que les mesures gracieuses diffèrent de « celles, même non fondées sur un texte, contre lesquelles le principe d'égalité est tout même opérant », soulignant que cette distinction constitue « un exercice hasardeux », *ibid.*, p. 455

71 - (70) G. Dumortier, concl. sur CE, 30 déc. 2010, Durozey, n° 308067 : assimilant, du point de vue des exigences du principe d'égalité, les décisions illégales et les décisions gracieuses, le rapporteur public affirme que : « Le principe d'égalité ne saurait tenir en échec le principe de légalité. Vous ne pouvez comparer entre elles que des décisions légales. Nul ne peut non plus se prévaloir d'une décision purement gracieuse prise par l'administration [...] ». Dans le même sens : B. Genevois & M. Guyomar, « Principes généraux dy droit : principes de philosophie politique », Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, oct. 2018, n° 17 : « Le principe d'égalité ne peut [...] être utilement invoqué à l'appui d'une demande tendant à l'octroi d'un avantage illégal [ou] au bénéfice d'une mesure gracieuse ». V. également : Y. Aguila, concl. sur CE, 10 juill. 1995, Contremoulin, n° 147212 : AJDA 1995, p. 925, spéc. § III : « [L]orsque la mesure demandée est totalement et purement gracieuse, on ne saurait se prévaloir de ce qu'elle a été accordée à d'autres personnes » : V. Daumas, concl. sur CE, 10 févr. 2014, Deloison, n° 361424 : Revue de droit fiscal, n° 15, 10 avril 2014, comm. 270, p. 1, spéc. p. 4, § 8 : la notion de mesure gracieuse est « une notion fonctionnelle [qui] vous évite d'affirmer clairement que certaines décisions de l'administration dont les requérants se prévalent en invoquant le principe d'égalité sont illégales [...] » ; L. Dutheil de Lamothe, « Vernes, acte II : l'épreuve du réel », note sous CE, Ass., 30 juill. 2014, Vernes, n° 358564 : AJDA 2016, p. 944 s., spéc. p. 946 : exercer un pouvoir « à titre purement gracieux » revient à l'exercer « sans possibilité de contester le refus devant le juge et sans application du principe d'égalité » ; C. Odinet, concl. sur CE, 16 oct. 2017, Khodadad, n° 408374,

AJDA 2017, p. 2424 : citant l'arrêt Cortes Ortiz et la distinction qu'il établit entre lignes directrices et orientations générales, le rapporteur public affirme que c'est une « dérogation au principe d'égalité qui [...] sous-tend » cette jurisprudence.

72 - (71) En ce sens, v. CE, 4 févr. 2015, *Ministre de l'intérieur c/ M. Cortes Ortiz*, précité, où le caractère « exceptionnel » de la décision de régularisation du préfet est souligné à la fois dans la motivation de l'arrêt, dans les conclusions de la rapporteure public (RFDA 2015, p. 471 s.) et dans la chronique de la doctrine organique (AJDA 2015, p. 445 s.); G. Dumortier, concl. sur CE, 30 déc. 2010, Durozey, précité, spéc. § II.C.2.

73 - (72) Pour une affirmation explicite en ce sens, de la part de la doctrine organique, v. D. Botteghi & A. Lallet, « Le principe d'égalité n'a rien perdu de son charme, ni même de son éclat », chron. précitée sous CE, 30 déc. 2010, Durozey, : si les auteurs jugent « logique » l'affirmation selon laquelle le principe d'égalité est « sans application en matière de mesures gracieuses », c'est parce que « la mesure gracieuse consiste à s'écarter exceptionnellement du cours des choses, et n'a donc pas vocation à créer un précédent ». Dans le même sens, v. J. Mouchette, « La délivrance d'un visa au titre de l'asile est une mesure de faveur », note sous CE, 16 oct. 2017, n° 408374, Khodadad, précité : DA, n° 2, févr. 2018, p. 41 : « la distinction [entre lignes directrices et orientations générales] qui fonde cette jurisprudence permet [...] d'accorder de façon exceptionnelle un avantage à certains [...] sans créer de précédent et sans permettre un regard critique sur la cohérence des décisions prises [...] ».

74 - (73) J. Lessi & L. Dutheillet de Lamothe, « L'obligation, le choix, la grâce », chron. sous CE, 4 févr. 2015, Cortes Ortiz, précité.

75 - (74) V. *supra*, les références citées à la note de bas de page n° 23.

76 - (75) Pour une vue d'ensemble, v. E. Bokdam-Tognetti, « Le contribuable touché par la grâce », chron. sous CE, 10 févr. 2014, Deloison, n° 361424 et CE, 12 mars 2014, min. Budget c. Dege, n° 355306, RJF 2015, n° 4, p. 427 ; M. Collet, « De l'équité à la légalité : le contrôle juridictionnel de l'activité gracieuse de l'administration fiscale », chron. sous CE, 19 juin 2017, Sté GLB Energy, n° 403096 et CE, 20 sept. 2017, Sté Turbo's Hoët Parts France, n° 394564, RFDA 2017, p. 1197.

77 - (76) Aux termes de l'article L. 247 du LPF : « L'administration peut accorder sur la demande du contribuable ; 1° Des remises totales ou partielles d'impôts directs régulièrement établis lorsque le contribuable est dans l'impossibilité de payer par suite de gêne ou d'indigence [...] ».

78 - (77) La même solution s'applique pour un cas de remise gracieuse prévue par la loi en matière d'allocations familiales induites perçues : CE, 29 mars 2002, n° 225770.

79 - (78) CE, 21 nov. 2016, Thalineau, n° 392560 : AJDA 2017, p. 999, note D. Costa ; Gaz. Pal. 2017, n° 5, p. 22, note B. Seiller.

80 - (79) Par la décision attaquée, dont le Conseil d'État reconnaît le caractère de « mesure purement gracieuse », le ministre de l'intérieur avait autorisé, à la demande du préfet, l'inhumation de l'archevêque de Tours dans la cathédrale de cette ville. Pour contester cette décision gracieuse, le requérant ne prétendait guère être victime d'une rupture d'égalité : il se prévalait de sa qualité de « membre de la communauté chrétienne appartenant au diocèse de Tours, de résident du ressort de ce diocèse et d'usager du service public des monuments historiques ». Si le Conseil d'État a pu juger que ces qualités « ne suffisent pas » à donner au requérant intérêt pour agir contre la décision attaquée, c'est après avoir affirmé, par un considérant de principe, que « si le refus d'accorder une mesure purement gracieuse n'est pas susceptible de recours, la décision par laquelle une autorité administrative octroie une telle mesure peut être attaquée par un tiers justifiant, eu égard à l'atteinte que cette décision porte à sa situation, d'un intérêt à agir ». Or, en l'espèce, la « situation » dont se prévalait le requérant - qui était par ailleurs... vivant - n'était pas, précisément, celle d'un tiers « jaloux » qui n'a pas pu obtenir un avantage analogue à celui accordé par la décision attaquée, mais celle d'un administré qui se trouvait dans une « situation » à laquelle la décision attaquée était susceptible de porter « atteinte » en raison de certaines qualités qui n'avaient aucun lien avec la question de savoir si ce même administré (ou un autre) aurait pu ou dû bénéficier d'une mesure analogue. Il importe toutefois de signaler une particularité de cette espèce : compte tenu de l'objet de décision attaquée, il n'est point clair si, d'après le Conseil d'État, cette dernière constitue une mesure « gracieuse » en ce qu'elle accorde un avantage à l'archevêque défunt ou au préfet - qui, bien évidemment, n'est pas administré - sur la demande duquel cette décision avait été prise.

81 - (80) CE, 20 mars 2019, Baron et Assoc. Sang d'encre, n° 404405 : Rec. T., AJDA 2019, p. 665, DA 2019, n° 6, comm. n° 32, p. 29, note P. Gonod, JCP A, 2019, Actu. 207, obs. F. Tesson.

82 - (81) Comp. CE, 1<sup>er</sup> juill. 1974, Ararto, n° 79957 : AJDA 1976, p. 565, où était en cause le refus de l'administration d'accorder à la société requérante une indemnisation dont le régime - aussi bien la procédure que les conditions de fond - était déterminé par une circulaire ministérielle. Dans une remarquable note sous cet arrêt on peut lire que, en l'espèce, le pouvoir dont disposait l'administration ne pouvait pas être qualifié de gracieux parce que « l'indemnisation était prévue en faveur d'une catégorie bien définie d'administrés, son octroi était subordonné à des conditions de fond précises et l'esprit de système était à l'évidence d'indemniser tous les intéressés qui remplissaient ces conditions, sans que l'administration envisageât un instant de s'arroger le pouvoir de refuser à l'un d'eux ce qu'elle accordait à l'autre », note signée J.M.C., *ibid.*, p. 567 (nous soulignons).