

Droit administratif et Juridiction administrative

TD n°2

Documents :

Didier Truchet, Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel, AJDA 2005 p. 1767

Jacques Caillousse, Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, AJDA 2005 p. 1781

Nicolas Kada, , Les grands arrêts et le droit administratif AJDA 2008 p. 2098

Fabrice Melleray, Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel, AJDA 2005 p. 637

Exercice :

Le droit administratif peut-il se passer du juge administratif ?

D. Truchet, Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel, AJDA 2005 p. 1767

L'essentiel

Réunir dans une seule juridiction les deux ordres, judiciaire et administratif, serait favorable à une bonne administration de la justice, mais répondrait surtout à une vision moderne de la justice et du droit dans une société telle que la nôtre. Cependant l'évolution se fait davantage vers la convergence des règles que vers celle des juges. Ce qui est sans doute regrettable, notamment pour l'avenir du droit administratif.

Il faut sans doute une étrange obstination pour revenir sur un thème cent fois traité et cent fois écarté : la réunion des juridictions judiciaire et administrative en un seul ordre de juridiction.

Leurs membres ne le souhaitent pas, les professions juridiques et judiciaires n'en voient pas l'intérêt, le justiciable n'en mesure pas les enjeux et le pouvoir politique « a d'autres chats à fouetter ». La cause est perdue, à court ou moyen terme.

Je ne me lasse cependant pas de la plaider.

C'est, me semble-t-il, l'un des rôles de la doctrine que de ne jamais rien tenir pour acquis. Elle doit sans cesse s'interroger sur la pertinence du droit positif en vigueur et envisager des solutions nouvelles qui lui paraîtraient propices au progrès de notre système juridique. Se heurter au scepticisme ou à l'incompréhension ne doit pas la décourager.

Plus que sur les inconvénients du dualisme, c'est sur une vision du droit et de la justice dans notre pays que je m'appuie : ils rempliraient mieux, à mes yeux, leur office avec un système juridictionnel unifié.

Les défauts du dualisme

Les inconvénients du dualisme sont bien connus, mais ils ne suffisent pas à le condamner, eu égard à une tradition respectable et aux services qu'il a rendus et rend encore.

En termes de bonne administration de la justice, ils tiennent principalement à la complexité de la répartition des compétences, avec son cortège de conséquences fâcheuses : relative incertitude sur le juge qu'il convient de saisir, obligation pour ce dernier de renvoyer à l'autre ordre les questions préjudicielles

qu'il ne peut trancher lui-même, allongement corrélatif (au-delà du raisonnable ?) du délai de règlement définitif des affaires, surtout en cas de détour par le Tribunal des conflits. Mais, objectera-t-on, il s'agit là de circonstances rares, qui ne justifient pas à elles seules que l'on bouleverse un système qui a fait ses preuves et qui, dans l'immense majorité des cas, fonctionne bien.

J'en conviens très volontiers. Encore que l'on puisse s'interroger sur le caractère supportable des défauts du dualisme. Naguère, et aujourd'hui encore, aisément acceptés par la société, ils pourraient bientôt l'irriter. La lisibilité et l'intelligibilité sont devenues des objectifs constitutionnels..., dont, à vrai dire, on ne cesse de s'éloigner. Mais qu'un jour prochain, on les prenne vraiment au sérieux et les éléments de complexité et de lenteur inhérents au dualisme paraîtront sans doute les contredire. Les juristes professionnels en ont peut-être trop l'habitude pour en remarquer le caractère artificiel : ces inconvénients ne procèdent en effet d'aucune exigence de logique tirée de la réalité des rapports sociaux ; ils sont seulement la contrepartie, forgée par une interprétation plus que séculaire mais parfois changeante, d'un mode particulier de répartition des compétences contentieuses. Tolérés comme son corrélat inévitable aussi longtemps que ce dernier paraît nécessaire, ils ne le seraient plus dans le cas contraire.

La contestation viendra-t-elle de l'étranger ? Alors que des dizaines de pays (même de *common law* !) se sont dotés, souvent à l'imitation de la France, de juridictions spécialement instituées pour juger l'administration, aucun (sauf très rares exceptions : la Grèce et la Colombie à ma connaissance) n'a adopté une vision du dualisme aussi radicale que la sienne. Comparaison n'est pas raison : il faut faire la part des génies nationaux et des traditions de chacun. Sous cette réserve près que, ici encore, les perceptions ne sont pas immuables : la « mondialisation » est une réalité en droit comme ailleurs ; elle s'accompagne d'une évaluation internationale nouvelle de l'efficacité des systèmes judiciaires nationaux. Naissante en France, mais très développée dans les pays anglo-saxons, l'analyse économique du droit pourrait bien s'avérer défavorable à notre dualisme.

La contestation pourrait-elle venir de nos juges eux-mêmes, et notamment de notre juridiction judiciaire ? Je suis incapable de dire si la répartition des compétences est plus ou moins complexe qu'il y a vingt, cinquante ou cent ans ; en tout cas, il n'y a pas eu de simplification manifeste ! La compétence contentieuse reste objet de dissensions entre juges : la place manque ici pour en donner des exemples récents, mais le lecteur qui s'intéresse à ce sujet n'aura guère de difficultés à en trouver. Ni à en conclure que chaque ordre de juridiction cherche toujours à « tirer la couverture à lui », notamment lorsque les libertés et la propriété sont en cause : les considérations que chacun invoque sont évidemment très solides, mais si mal agencées qu'elles alimentent leurs prétentions contradictoires. Que, malgré une si longue pratique et tant de conflits, le dualisme soit encore, dans des cas rares mais significatifs, un

combat ne plaide pas en sa faveur... Qu'y gagne d'ailleurs le justiciable ?

Mais c'est assez parlé des défauts du dualisme. Absous en quelque sorte par leur caractère traditionnel, ils constituent le prix techniquement inévitable à payer d'une vision de la justice et du droit sous-tendue par notre interprétation de la séparation des pouvoirs. Mais une autre vision est aujourd'hui possible, qui inverserait l'analyse « avantages/coûts » du dualisme juridictionnel et rendrait les défauts de ce dernier insupportables.

Une vision de la justice

La justice est une. Qu'elle soit divisée dans notre pays entre le Conseil constitutionnel et les deux ordres de juridiction n'empêche pas qu'elle remplit, au nom du peuple français, la même fonction et qu'elle doit répondre aux mêmes exigences d'équité, telles qu'affirmées notamment par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le Conseil d'Etat vient d'ailleurs, dans une décision d'une grande portée symbolique, de juger qu'elle « est rendue de façon indivisible au nom de l'Etat » (CE 27 février 2004, *M^{me} Popin*, AJDA 2004, p. 672, concl. R. Schwartz  et p. 653, chron. F. Donnat et D. Casas  ; Lebon p. 86). Indivisible !

Il est temps de mettre cette unité en oeuvre. Plus encore pour des raisons symboliques que pour des raisons pratiques.

Il ne serait pas réaliste d'envisager un bouleversement complet de notre organisation juridictionnelle, lequel ne serait d'ailleurs pas souhaitable : on peut laisser en l'état les tribunaux, cours et conseils qui la composent et ne pas toucher aux différents corps entre lesquels se répartissent les juges. Il faudrait « seulement » proclamer que la juridiction française est unique et omni-compétente et instituer une cour suprême qui réunirait la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Ce qui serait déjà une révolution !

Pour quels bénéfices ? La simplification des compétences contentieuses et la disparition du Tribunal des conflits, en premier lieu. Mais aussi la fin des incompétences prononcées au motif que l'autre ordre est compétent pour trancher l'affaire : celle-ci serait simplement et sans délai attribuée par une procédure interne à la « bonne » juridiction. Et encore la disparition des questions préjudicielles, ou leur meilleur agencement. On pourrait aussi effacer de notre législation diverses bizarreries telles que l'illogique transfert à la cour d'appel de Paris du contentieux de certaines décisions de quelques autorités de régulation. Ce dernier point montre que la fusion ne serait aucunement dirigée contre l'actuelle juridiction administrative et qu'elle pourrait être profitable au Conseil d'Etat dans la configuration nouvelle que

j'envisage. Ces bénéfices ne sont pas négligeables, mais je doute qu'ils suffisent à emporter la conviction, d'autant qu'il est possible de les obtenir par des moyens moins radicaux que la disparition du dualisme.

Celle-ci en revanche faciliterait, sur tous les plans, le dialogue des juges nationaux. Car il est aujourd'hui paradoxal que ce dialogue soit plus intense et mieux organisé entre les juges français et les juges européens (ceux de Luxembourg comme ceux de Strasbourg) qu'entre les différentes juridictions françaises elles-mêmes ! Que, par exemple, l'application uniforme d'une règle communautaire soit mieux garantie en France que celle d'une règle française, toujours susceptible d'interprétations différentes par nos deux ordres de juridiction.

Une justice unifiée aurait plus de force et de visibilité dans le concert des juges qu'une justice divisée, plus de lisibilité, voire de légitimité aux yeux des justiciables français et étrangers.

Elle mettrait en outre fin aux soupçons de partialité de la juridiction administrative en tant qu'ordre de juridiction propre. Soupçons aussi déplaisants et évidemment injustifiés que récurrents et partagés par de trop nombreuses personnes, notamment dans le monde des affaires. Mais en un temps où l'impartialité est autant affaire d'apparence que de réalité, il faut convenir que l'existence d'un juge réputé proche de l'administration au point d'en être l'un des meilleurs conseillers, paraîtra de plus en plus étrange (en France, comme à la Cour européenne des droits de l'homme), quelques précautions que prenne le Conseil d'Etat pour dissiper toute ambiguïté.

La question n'est pas purement rhétorique : la conception française de la séparation des pouvoirs justifie-t-elle encore que la juridiction administrative constitue un ordre séparé ? Je pense que le moment approche où l'opinion n'admettra plus que l'Etat (et les autres personnes publiques) ait son juge, entièrement différent de celui des personnes privées. Ses défenseurs auront beau argumenter, en droit et au nom de nos traditions, rien n'y fera : on criera au privilège inacceptable ! Qui ne voit en effet que la tendance, alimentée par nombre de considérations parmi lesquelles le discrédit actuel de l'Etat et du pouvoir politique pèse malheureusement lourd, va vers une sorte d'anthropomorphisme qui refuse aux personnes morales en général, et aux personnes publiques en particulier, tout traitement qui, parce qu'il est particulier, est aussitôt perçu comme de faveur ?

Devant une question aussi sommaire que : « Et pourquoi l'Etat n'est-il pas jugé comme n'importe quel citoyen ou n'importe quelle entreprise ? », nous aurons bien du mal à défendre le dualisme et sa sophistication. Mieux vaudrait prendre les devants en le supprimant. Car derrière cette question, s'en profilera une autre, plus redoutable encore, car elle portera sur le droit administratif lui-même.

Il faut y insister : la fin du dualisme se recommande moins de la bonne administration de la justice au sens étroit que d'une conception, politique au sens noble du terme, de ce que devrait être une justice, unique, simple et forte, dans la société française de demain.

Une vision du droit

Le dualisme juridique est, en grande partie, le fruit du dualisme juridictionnel, l'un ayant historiquement conforté l'autre. Mais les temps ont changé : on peut aujourd'hui craindre que le dualisme juridictionnel ne devienne une menace pour le dualisme juridique, et plus particulièrement pour l'existence du droit administratif.

Ce propos peut surprendre. Il n'est cependant paradoxal qu'en apparence.

Chacun sait que l'évolution des sources du droit va vers une érosion de la distinction droit privé/droit public. Le droit constitutionnel, le droit international (du moins économique et pénal), le droit communautaire, le droit européen conventionnel et la jurisprudence de « leurs » conseils, cours et tribunaux produisent de plus en plus de règles applicables en France dans les deux droits : ils ne condamnent pas nos dualismes ; ils l'ignorent !

Notre législateur n'est pas en reste, qui produit de manière croissante des règles dont le champ d'application englobe ou recoupe le droit privé et le droit public.

Les droits de la concurrence et de la consommation, de la santé, de la communication, mais aussi celui des biens, des contrats, de la responsabilité ou du travail en offrent les illustrations nombreuses que chacun sait. Le phénomène est plus marqué quand les personnes publiques sont en position d'opérateurs sur un marché, mais il joue aussi lorsqu'elles sont en situation de régulateurs.

Cette situation pose au droit français un défi : comment concilier l'homogénéisation des sources et, partiellement des règles, avec leur adaptation aux spécificités légitimes des personnes privées et des personnes publiques ? Je ne suis pas certain que nous le relevions bien.

Car, en premier lieu, le dualisme juridictionnel est un obstacle à la bonne réception des règles nouvelles en droit français et à la qualité de ce dernier.

Intégrer ces règles communes dans nos deux ensembles juridiques suppose en réalité une double intervention du juge judiciaire et du juge administratif. C'est compliqué : une complication un peu artificielle puisqu'elle tient seulement à notre organisation juridictionnelle, et non au contenu de ces règles ou à la volonté de leurs auteurs. C'est aussi déconcertant pour les sujets de droit, car le hasard des rôles produit souvent un décalage dans le temps entre l'application de la règle en droit privé et son application en droit public. Enfin, rien n'assure que cette application sera uniforme dans les deux droits : il arrive en effet qu'elle ne le soit pas.

On peut penser que dans une juridiction unifiée, la réception serait plus rapide et uniforme : notre droit y gagnerait en cohérence et en lisibilité, donc en efficacité, voire en conformité européenne.

En outre, le Conseil d'Etat est contraint de « récupérer » de plus en plus fréquemment des règles dont le contentieux menace de lui échapper lorsqu'elles sont appliquées par ou à l'administration. Qu'il le fasse en s'appropriant la règle ou seulement les principes dont elle s'inspire, on doit souligner son audace et son habileté. Mais aussi, relever qu'il donne ainsi le sentiment de protéger sa compétence plus que la structure du droit français.

Enfin, dans le même temps, le juge judiciaire est tenté (ou le sera) de s'appuyer sur certaines de ces règles de fond (au nom, en particulier, de la liberté individuelle ou de la nature des rapports économiques en cause) pour prétendre juger l'administration sans égard pour ses prérogatives.

Car, en second lieu, le dualisme juridictionnel peut devenir un obstacle à l'existence du droit administratif. Dans l'affaire, c'est en effet la spécificité du droit administratif qui est menacée : si les mêmes règles sont appliquées par les deux juges, à quoi bon des règles spéciales pour l'administration ? Il ne faudrait pas donner l'impression que l'existence du droit administratif tient surtout à l'existence d'un juge spécial et non à des considérations substantielles ! En d'autres termes, ma crainte est que le caractère trop voyant du dualisme juridictionnel ne fasse oublier, chez les utilisateurs du droit, la nécessité du dualisme juridique.

Or nous avons toujours besoin d'un droit propre à l'administration. Certains n'en voient plus la nécessité ou la légitimité. Ils ont tort. Les personnes publiques ont des missions et doivent disposer de moyens qui les rendent inassimilables aux personnes privées : dans une démocratie, la puissance publique doit être distinguée de la puissance privée et avoir son droit. Je pense d'ailleurs qu'après une période de doute, appuyé sur la vague « libérale », le balancier revient vers un nouveau droit administratif, épuré peut-être, recentré sur les missions de sécurité (à tous égards) de l'Etat. Mais l'idée de règles spéciales pour l'administration sera d'autant mieux admise que cette dernière n'aura plus son juge, entendu comme un

ordre juridictionnel propre. Sans pouvoir - évidemment ! - le prouver, j'affirme que l'avenir du droit administratif supposera une juridiction unifiée.

En somme, cette dernière assurerait mieux que le dualisme la part d'unité et la part de diversité dont notre droit a besoin.

Une évolution décourageante

« Cause perdue » ai-je écrit.

L'évolution récente ne va pas dans le sens que je souhaite.

En termes trop schématiques, on peut dire que la tradition française est celle du double dualisme, juridique et juridictionnel : « deux droits, deux juges », cette structure forte a dessiné un modèle historique qui nous a beaucoup apporté, sans pourtant atteindre jamais une cohérence parfaite.

Aucune voix officielle n'a déclaré qu'il n'était plus porteur d'avenir, mais la législation et la jurisprudence font comme si tel était le cas. On voit s'installer dans des secteurs du droit de plus en plus nombreux (qui sont aussi les plus modernes) un autre modèle : « un droit, deux juges ». Les mêmes règles s'appliquent aux personnes publiques et privées, mais le sont par les deux ordres de juridiction, en fonction de critères de répartition des compétences toujours aussi complexes. Cet autre modèle, en pleine expansion, doit beaucoup à l'intelligence tactique du Conseil d'Etat, qui sauvegarde ainsi sa compétence « autonome », mais il me semble menaçant pour l'avenir du droit administratif. Avec d'ailleurs, à terme lointain, cette conséquence qui ne manquerait pas d'une amère ironie : la disparition du juge administratif !

Persuadé, à tort ou à raison, que le double dualisme n'est plus adapté aux besoins de droit et de justice de la société française contemporaine et que les questions de fond doivent logiquement l'emporter sur les questions de compétence, je préférerais un troisième modèle : « deux droits, un juge ». Ce serait le scénario le plus efficace pour les évolutions en douceur qui paraissent s'imposer dans un système qui n'est plus juridiquement clos, mais, que l'on s'en réjouisse ou qu'on le regrette, est ouvert sur l'Europe et sur le monde.

On n'en prend pas le chemin. On lui tourne même le dos. C'est dommage....

Jacques Caillosse, Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel, AJDA 2005 p. 1781

L'essentiel

La question du dualisme ou de l'unicité des juridictions n'a pas de réponse obligée sur le terrain du droit. Cependant, les critiques adressées au dualisme - complexité notamment - même si elles ne sont pas infondées, ne sont pas totalement convaincantes et, notamment par sa capacité de renouvellement, l'expérience française du dualisme s'avère, malgré tout, probante. Surtout, il est loin d'être certain que l'unicité donnerait des résultats plus probants. Ce pari ne semble donc pas mériter d'être risqué.

Il est important de ne pas se le cacher : à la question du dualisme juridictionnel, il n'y a aucune réponse qui s'imposerait sur le terrain du droit, au sens où la logique juridique finirait par nous convaincre qu'elle est la seule issue nécessaire. La longue histoire des institutions, même il s'agit de juridictions, est loin de pouvoir s'expliquer par les considérations qui, traditionnellement, permettent aux juristes de définir leur singularité intellectuelle.

Qu'on le veuille ou non, dans toute société dotée d'un Etat de droit il existe deux contentieux : un contentieux judiciaire et un contentieux administratif, comme il existe du droit civil et du droit administratif, y compris dans les pays de common law (v. à ce sujet les travaux de droit comparé de Sabino Cassese, notamment, La construction du droit administratif, France, Grande-Bretagne, Montchrestien, col. Clefs, 2002, et Les transformations du droit administratif du XIXe au XXIe siècle, Dr. adm. octobre 2002, p. 6). Ces contentieux peuvent être différemment institués. Partout où l'activité administrative s'est faite autonome, il y a du contentieux et, partant, une justice administrative. Elle sera selon les cas érigée en institution autonome - fonctionne alors un ordre hiérarchisé disposant de sa juridiction supérieure - ou en organisation insérée dans un système juridictionnel unitaire: en pareil cas la justice administrative est conçue comme partie, sous-ensemble de cet ensemble unifié sous la houlette d'un tribunal suprême. Le choix entre ces deux modèles-types est affaire d'histoire et de culture nationales. A partir du moment où, en théorie, ce choix existe, il se produit entre les deux formules une sorte d'effet de système. Là où se pratique le monisme, les voix favorables au dualisme ne manquent pas de se faire entendre. Là où prévalent les montages dualistes, ils sont discutés du point de vue de l'unification juridictionnelle. Et on voit mal comment il pourrait en aller autrement !

Dans la période que nous traversons, les Etats et les administrations qui les constituent perdent une part de leur singularité. Ils/elles dépensent même beaucoup d'énergie pour se rapprocher du modèle de l'entreprise. Après trente ans d'efforts le mimétisme se lit dans les institutions et dans le droit qui les informe. Dans cette configuration, rien de plus logique si le questionnement de notre système

juridictionnel va bon train. Ce questionnement n'appelle aucune réponse obligée. Tout va dépendre de la manière dont sera interprétée l'interpénétration croissante entre le monde de l'administration publique et celui de l'entreprise privée. D'aucuns y verront de bonnes raisons de revenir sur un dualisme devenu désuet, d'autres y trouveront au contraire argument en faveur du maintien d'une certaine « exception » française...

La séparation des autorités administratives et judiciaires n'existe pas simplement dans l'ordre rationnel du droit, elle est le condensé d'une histoire qui se poursuit sur de multiples « fronts ». Ainsi que l'écrit, de façon lumineuse, Sabino Cassese (AJDA 1995, numéro spécial, p. 167) : « La première raison d'être du droit administratif ne doit pas être recherchée au sein même de ce droit, dans son juge spécial et dans ses pouvoirs particuliers comme l'a toujours fait la culture juridique française, mais en dehors de lui, dans l'acquisition d'une position constitutionnelle de la part de la haute bureaucratie et dans la reconnaissance du pouvoir administratif, comme pouvoir autonome par rapport au pouvoir exécutif. »

Si, du point de vue du droit, il n'existe aucune raison décisive de vouloir ou de refuser l'unification ou la séparation des juridictions, la justification actuelle du dualisme ne peut se concevoir qu'à travers un double parcours : avant de démontrer que l'expérience française du dualisme est, malgré tout, probante, il faut établir que les disqualifications dont elle fait l'objet ne sont pas convaincantes.

Les disqualifications du dualisme ne sont pas convaincantes

Entendons-nous bien. Il ne s'agit pas tant ici de plaider pour le dualisme que d'interroger les raisons pour lesquelles on voudrait aujourd'hui changer la structure de notre système juridictionnel. La démarche ainsi adoptée n'est évidemment valable que dans le cadre d'un « jeu » reposant sur une double convention. D'abord, on doit raisonner dans l'hypothèse où il serait juridiquement possible et politiquement opportun d'en finir avec le dualisme, tout en sachant qu'en pratique ces deux conditions préalables restent dissuasives. Soyons clair : la réforme du dualisme juridictionnel est d'abord, sinon exclusivement, une préoccupation doctrinale. Dès lors qu'elle n'est, pour l'heure, portée sur aucun agenda politique, elle reste un pur objet de réflexion théorique. Ensuite, pour les besoins de la cause, on fera de la contestation du dualisme une sorte de notion générale, sans ignorer qu'elle désigne des perspectives de réforme des plus contrastées : cela va de la volonté affirmée de revoir à la baisse la part de la justice administrative à l'intérieur d'un système qui serait par ailleurs maintenu (1), jusqu'au projet radical de suppression de la justice administrative telle qu'elle résulte de la tradition française (2), en passant par la fusion des deux ordres juridictionnels conçue de telle manière que le juge administratif garde l'essentiel de son identité au sein de la structure issue de la réunification (v. en ce sens les études de D. Truchet, Fusionner les juridictions administrative et judiciaire ?, Etudes offertes à J.-M. Auby, Dalloz, 1992, p. 333-345, et, Bonnes et mauvaises raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel, Justices, 1996, n° 3, p. 53-63). C'est

dans ce cadre conventionnel que seront présentés et discutés les arguments majeurs qui donnent sens à la critique du dualisme.

Les répertoires de la critique

Cette critique sollicite surtout trois répertoires. Le premier, de nature technique ou technologique, consiste en une dénonciation de la complexité parfois déroutante des modes de distribution du contentieux : il en souligne les « anomalies » et en relève les effets pervers. Un deuxième répertoire est idéologique : on avance que le système de pensée qui faisait tenir le dualisme en justifiant le traitement juridique spécial réservé à l'action publique est aujourd'hui épuisé. Le troisième répertoire est d'usage plus récent. Il tire argument des réformes de la justice administrative pour constater l'alignement tendanciel de cette dernière sur le modèle judiciaire. Ce mimétisme institutionnel sert à mettre en doute le maintien d'un ordre spécifique de juridictions administratives.

La question de la complexité n'est pas de celles que l'on peut prendre à la légère ; la place qu'occupe, par la force des choses, ce sujet dans les manuels et traités de droit administratif ne saurait s'analyser comme l'expression d'un simple malaise doctrinal ! On devra se borner ici à en esquisser les principales déclinaisons. La méthode la plus courante consiste à dresser la liste, jamais close, des incertitudes concernant l'identité de la juridiction compétente. Les raisons de cet état aléatoire sont connues. Dans la référence au dualisme, il y a quelque chose de trompeur. L'agencement institutionnel ainsi qualifié n'a jamais désigné deux champs de compétences clairement délimités à l'intérieur de frontières stables et reconnues (3). Sans doute existe-t-il des « territoires » sur l'identité contentieuse desquels le doute n'est plus permis. Mais hors de ces zones « sécurisées », les mouvements sont permanents. Ne serait-ce que parce que, de part et d'autre de la frontière partageant le contentieux administratif du contentieux judiciaire, les tribunaux disposent, à travers leur pouvoir d'interprétation, d'une incontestable liberté d'évolution. Les exemples tirés de l'expérience jurisprudentielle ne manquent pas (4). On pense bien sûr au cas classique offert par le contentieux du service public de la justice depuis la fameuse décision Préfet de la Guyane, rendue le 27 novembre 1952 par le Tribunal des conflits (v. les contributions de D. Truchet et de J.-M. Sauvé à l'ouvrage collectif, *Le service public de la justice*, Odile Jacob, 1998, p. 31 et p. 53). Plus récemment, c'est le contentieux alimenté par la mise en oeuvre de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (5) qui fait apparaître en pleine lumière - si l'on peut ainsi s'exprimer - les turbulences frontalières. Les difficultés d'identification sont telles qu'il arrive parfois au juge de les ignorer délibérément, en affirmant des compétences tout à fait paradoxales, au regard du principe de séparation (v. J.-F. Lachaume *La compétence suit la notion...*, AJDA 2002, p. 77).

La complexité du système ne se lit pas seulement dans les difficultés qu'éprouvent le cas échéant plaideurs et avocats à découvrir le « bon » juge (6), elle est encore à l'oeuvre dans le jeu byzantin des

questions préjudicielles. Après tout, n'est-ce pas aussi dans le but de prévenir ces laborieuses subtilités que le Conseil constitutionnel invite, par sa décision du 23 janvier 1987, le législateur à faire valoir autant que de besoin les exigences d'une « bonne administration de la justice » ?

Enfin, même s'il n'y a pas lieu de dramatiser cette figure de la complexité, car ce sont souvent des questions mineures qui la font apparaître, on est obligé d'évoquer le risque des contrariétés de jurisprudences. Voilà qui peut faire logiquement douter de la cohérence de l'ordre juridique. Entre 1975 et 1989, les attitudes contrastées adoptées par le Conseil d'Etat et la Cour de cassation sur la place respective de la loi nationale et de la règle communautaire n'ont-elles pas créé une véritable situation de pluralisme juridique ?

Outre ces considérations qui empruntent au registre de la technique juridique, le rejet du dualisme, tel qu'il s'est imposé en France, se trouve des justifications idéologiques. Il est alors question du traitement privilégié dont il ferait indûment bénéficier l'administration. C'est surtout le cas lorsque le conflit est élevé dans certaines affaires médiatisées où l'on voit des justiciables chercher du côté du juge judiciaire ce qu'ils estiment ne pas pouvoir trouver chez le juge administratif, et qu'une décision du Tribunal des conflits, jugée favorable aux intérêts administratifs, n'a pu être prise que sous la présidence du garde des Sceaux (7). Du coup, c'est le vieux débat ouvert au XIXe siècle par les libéraux contre le Conseil d'Etat qui est réactivé. Mais, à dire vrai, la mise en doute du dualisme n'a nul besoin de pareils événements pour s'affirmer. Aux yeux de certains il est et demeure le reste institutionnel d'une histoire périmée, le conservatoire désuet d'une conception archaïque de l'Etat, condamnée par la modernité, et qui « place la justice administrative en porte à faux » pour reprendre une formule de Laurent Cohen-Tanugi.

Ce sont justement les récentes évolutions de la juridiction administrative qui fournissent à la critique du système dualiste son autre répertoire. Non sans paradoxe, la mutation qu'est en train d'accomplir la justice administrative devient argument à charge : puisque c'est l'expérience de la justice judiciaire qui guide la politique de réforme du contentieux administratif, qu'il s'agisse de la structure de l'ordre juridictionnel ou de son mode de fonctionnement, est-il pertinent de maintenir le face-à-face coûteux de deux systèmes institutionnels ? Car, du seul fait qu'ils existent, ces deux ordres développent une sorte de rivalité mimétique. Les deux juges n'ont pour cela nul besoin de penser leurs rapports en terme de compétition symbolique. D'autres s'en chargent. Notamment le législateur, qui peut être tenté de faire du dualisme une sorte d'enjeu politique permanent. Ainsi voit-on la loi élargir ou réduire le champ des compétences du juge judiciaire ou du juge administratif, selon les représentations de la justice que la majorité politique du moment fait prévaloir. La remise en cause du dualisme n'est-elle pas dans la logique d'une politique qui, au bout du compte, fait du juge judiciaire le modèle du « vrai » juge ? D'autant que cette banalisation par voie législative trouve de forts encouragements extérieurs : sans le condamner, la construction

européenne pousse en effet à réduire la singularité du modèle français (v. J. Caillosse, Justice administrative, in Dictionnaire de la justice, L. Cadet (dir.), PUF, 2004, p. 724-732.).

Les écueils de la critique

C'est aussi parce que les critiques qui lui sont faites, tant du point de vue de la technique juridique que de celui des représentations politiques, n'apparaissent pas décisives que le système trouve sa justification. Il est d'autant plus assuré de sa pérennisation qu'aucune des tentatives de disqualification doctrinale n'est parvenue à pleinement convaincre.

Il n'est pas question de nier les inconvénients et les effets pervers du dualisme juridictionnel « à la française ». On doit cependant s'interroger sur l'opportunité de leur dramatisation. La problématique de la simplification ne peut-elle vraiment prospérer que dans un cadre institutionnel réunifié ? Si le dualisme génère et entretient certaines bizarreries dont les usagers de la justice se passeraient volontiers, rien sur le principe n'empêche l'intervention du législateur. La persistance de ces turbulences n'est plus seulement imputable aux raffinements byzantins du fonctionnement juridictionnel, le problème qu'elle pose relève d'un traitement politique.

On sait bien par ailleurs que la complexité du droit est une donnée objective, en ce sens qu'accompagnant, telle une ombre portée, le mouvement social dans toutes ses composantes, elle s'impose aux juges : il ne s'agit pas de faire l'éloge de l'ésotérisme juridique mais de dire les limites auxquelles une entreprise de simplification est par avance condamnée (8). Disons-le autrement : plus qu'au dualisme, les dysfonctionnements de la justice dont la doctrine fait argument au soutien d'une réunification juridictionnelle sont imputables à ce qu'est notre droit. Cet univers juridique là est réfractaire à la transparence. La remarque n'invite pas à célébrer, au nom d'on ne sait quelle esthétique, les vertus de l'opacité, mais à en comprendre les causes. Et elles sont moins du côté des institutions en charge de « faire parler » le droit que sur le terrain de l'épistémologie juridique. Elles procèdent de nos manières de penser et d'ordonner la réalité avec des catégories juridiques. L'affaire est autrement redoutable. Le système de distribution du contentieux entre juges judiciaires et administratifs, du moins là où il n'obéit pas à un mode de détermination défini par la loi, est tributaire de l'existence de deux droits, en d'autres termes, de deux systèmes de représentation, de deux grilles de lecture du monde. Quels rapports me direz-vous entre ces abstractions et les difficultés pratiques de la répartition des tâches juridictionnelles ? Le droit ne peut prétendre contenir dans ses mots toute l'expérience sociale. Rien n'empêche qu'adviennent des situations atypiques et rigoureusement imprévisibles. Il va bien falloir les « traiter » dans ces catégories courantes (le service public, la puissance publique, l'intérêt général, etc.) dont disposent les juges pour affirmer ou décliner leur compétence. C'est alors que la grille de lecture juridique des faits litigieux risque d'être « forcée ». Dans ces moments-là elle dévoile toute sa fragilité et ne peut manquer

d'être contestée. Mais le monisme juridictionnel, s'il continuait de faire un sort à part au procès administratif, porterait-il remède à des maux qui ont pour origine profonde nos manières juridiques d'appréhender les rapports sociaux eux-mêmes ?

On s'en doutait : derrière la contestation du dualisme, pointe celle du droit administratif, dans ce qu'il garde de trop spécifique. Nul doute qu'il s'agit là d'un des enjeux majeurs du débat. Laurent Cohen-Tanugi le dit brutalement (Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique, PUF, col. Recherches politiques, 1985) « sans un rééquilibrage des pouvoirs au profit du judiciaire, du pouvoir juridique privé et, en définitive, de la société, sans une redéfinition correspondante des principes qui fondent le droit administratif actuel, l'élimination de la dualité d'ordres juridictionnels paraît des plus hasardeuses ». Ici le dualisme est en accusation parce qu'il continue d'assurer à notre droit administratif une prospérité que rien ne peut plus justifier, dès lors qu'il oppose la résistance de ses catégories (service public/puissance publique/intérêt général) aux exigences d'une économie marchande et concurrentielle (v. J. Caillosse, Le Manager entre dénégation et dramatisation du droit, Politiques et management public, décembre 1993, p. 85). L'argument convaincra partout où l'on croit, au nom du « réalisme », à la nécessité d'adapter notre droit aux demandes de cette économie de marché. Mais le juriste peut estimer que l'analyse économique n'a pas à faire loi en s'intégrant au raisonnement juridique (9). Face au risque majeur d'une instrumentalisation économique du droit, le dualisme juridictionnel à la française offre ses garanties. Par lui se pérennise ce qui donne au droit administratif son sens ultime. Celui-là même que René Chapus (Le service public et la puissance publique) définissait ainsi : « Le droit administratif régissant principalement des activités de service public est en lui-même essentiellement un régime juridique destiné à assurer le plus grand service des membres de la collectivité. Tel qu'il est, le droit administratif est ce qu'il doit être : un droit qui est au service, non pas seulement d'une fin déterminée, mais aussi de la fin la plus légitime qui soit ».

Reste le troisième registre qu'emprunte la critique du dualisme : celui des évolutions mimétiques de nos deux univers juridiques. Le sujet est immense et se prête à bien des lectures contrastées. Loin de moi l'idée de sous-estimer la réalité des mutations en cours. Tout est affaire de seuil. Demandons-nous par exemple jusqu'où il est pertinent de tirer argument du rapprochement, tant structurel que fonctionnel, entre les juridictions administratives et judiciaires pour contester le dualisme. Que les écarts se soient réduits au sein du système ne signifie nullement que le Conseil d'Etat soit la Cour de cassation, ou l'inverse. Comme le note par exemple Jacques Moreau (Droit administratif, PUF, col. Droit fondamental, 1989, p. 24), « le Conseil d'Etat n'est pas seulement - comme la Cour de cassation - au sommet de l'édifice, il en occupe le centre ». On notera de la même manière qu'aussi réel qu'il soit, le mouvement d'« européanisation » de notre système juridique n'a nullement précipité le déclin de notre droit administratif, pas plus qu'il n'a sapé les bases du modèle national de justice administrative. Enfin, si les transformations

croisées qui affectent ou dont profitent, c'est selon, les droits public et privé brouillent et relativisent les anciennes lignes de partage de l'ordonnement juridique, en aucune façon elles ne remettent en cause l'existence des deux droits. Le problème est ailleurs, dans l'émergence d'une sorte de tiers secteur, hybride celui-là, empruntant indifféremment au droit public et au droit privé. Le grand partage qui a fondé le dualisme juridictionnel n'est évidemment plus ce qu'il était, mais il continue de marquer notre univers juridique.

L'expérience française du dualisme est, malgré tout, probante

La réflexion qu'annonce ce titre ne saurait prétendre à l'originalité. Dans la diversité de ses composantes et de ses formes, la doctrine - ainsi qu'on l'a fait valoir plus haut - a fini par épuiser le sujet. Mais, aussi connu soit-il, l'argumentaire mérite une fois encore d'être sollicité. A dire vrai, on voit mal comment on pourrait faire l'économie d'un discours qui s'est précisément construit à l'appui de ce qu'est ici la question centrale : pourquoi le dualisme a-t-il si bien résisté aux contestations doctrinales, mais aussi politiques, dont il a pu historiquement être l'objet ? La pérennité des institutions ne s'explique pas par de pures considérations juridiques - les leçons d'Hauriou sont là-dessus d'une actualité intacte. Mais justement : la jurisprudence administrative est bien plus qu'un phénomène juridique. Entendez par là qu'elle ne relève pas seulement de l'exégèse juridique. Il faut encore compter avec sa fonction majeure de régulation politique. C'est elle qu'à leur manière les juristes appréhendent lorsqu'ils parlent du Conseil d'Etat comme d'un défenseur des prérogatives de l'administration ou/et comme d'un garant des libertés publiques. C'est bien parce que le juge administratif a su satisfaire par sa jurisprudence des attentes sociales contrastées que l'on peut aujourd'hui encore s'interroger sur les limites et les mérites du dualisme juridictionnel : la pérennité de l'institution trouve une part de son explication et de sa légitimation dans les effets sociaux de la jurisprudence. Revenons, un court instant, sur ce que la plupart des juristes disent sur ce sujet qui leur a permis de construire leur identité intellectuelle.

Il n'est contesté par personne qu'au principe même de la juridiction administrative à la française il y eut, avant tout, de profondes raisons politiques. Et ces raisons premières là ont pu longtemps demeurer actives. Pierre Nicolay, alors vice-président du Conseil d'Etat, put encore en dire l'essentiel lors de l'entretien qu'il donna au journal *Le Monde* daté du 2 avril 1985. Appelé à comparer l'office des juridictions administratives en France et en Allemagne, il fit valoir qu'« en France la solution de type allemand aboutirait au gouvernement des juges que nous avons connu avant 1789, avec le rôle excessif joué par les parlements. Un des dangers du pouvoir juridictionnel est de ne pas apercevoir que, dans un litige entre l'administration et un particulier, il n'y a pas seulement des plaideurs face à face ; il y a un

troisième personnage : l'intérêt général. Au prétoire, c'est le juge seul qui est à même d'apprécier cet intérêt général, et c'est en en ayant la charge qu'il peut en prendre la mesure ». Pour autant que la même motivation continue d'« informer » les montages institutionnels, pourrait-elle recevoir aujourd'hui la même expression ? En tout état de cause, à ces raisons politiques dans lesquelles s'énonce une conception de l'Etat dont la justice administrative est le produit en même temps que la garantie, d'autres raisons sont venues s'ajouter, désormais dominantes dans la jurisprudence. Celle-ci a toujours su faire entendre plusieurs voix, servant dans le temps long de son histoire, tout à la fois la cause d'une administration plus efficace et celle d'une protection plus effective des administrés. C'est bien de politique jurisprudentielle dont il faut ici parler. Certes, cette construction a été et reste tributaire du hasard des procès, mais elle n'est pas moins affaire de stratégies conçues en réponse à des attentes collectives. Ainsi le juge s'est-il employé à ouvrir l'accès à son prétoire. Ainsi n'a-t-il cessé de faire reculer les limites du pouvoir discrétionnaire, pour contrôler au plus près les différentes composantes ou séquences du processus décisionnel. Ainsi s'interroge-t-il désormais, comme jamais il ne l'avait fait, sur les conséquences pratiques de ses propres jugements. Avec les dernières réformes qui donnent à son contrôle une efficacité et une légitimité accrues, n'en est-il pas venu à repenser toute l'économie de ses rapports avec cette administration dont il procède et à laquelle il continue, à sa façon renouvelée, d'appartenir ?

Cette politique jurisprudentielle n'a pu se concevoir que dans le cadre d'un dualisme bien particulier, qui est le propre d'une histoire française, combinant la fonction consultative et la fonction contentieuse. On l'a dit et répété, mais il faut le redire puisque le débat d'idées conduit une fois de plus à l'interrogation sur les vertus d'une éventuelle fusion des juridictions : les progrès du contrôle juridictionnel de l'action publique supposaient pour s'accomplir les activités de consultation et d'expertise développées par ailleurs par le Conseil d'Etat. L'actuelle efficacité contentieuse du juge n'est sûrement pas étrangère au rôle qui est le sien dans le système étatique (cf. J. Fournier, *Le travail gouvernemental*, Presses de la FNSP et Dalloz, 1987 ; v. aussi, B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*, La découverte, 2002). Ainsi que l'écrit Marceau Long : « Pour contrôler la machinerie complexe de l'administration, il faut la bien connaître. Pour imposer une décision de justice à l'Etat ou à une collectivité publique, il faut pouvoir jouer, en plus des voies du droit et comme le démontre l'action en la matière de la Section du rapport et des études du Conseil d'Etat, d'une certaine forme d'autorité administrative ».

Voilà pourquoi pour reconstruire la justice administrative au sein d'un ordre juridictionnel unifié, c'est une véritable « révolution historique » (j'emprunte l'expression à Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*,

Dalloz, col. Connaissance du droit, 2002, p. 80) qu'il faudrait accomplir. Car la force du dualisme n'est pas à chercher dans le sort à part qu'en France on réserve au contentieux administratif, elle est plus encore dans le statut du Conseil d'Etat, c'est-à-dire dans le fait qu'il est un organe chargé tout à la fois de participer à la production de la fonction administrative, compte tenu des exigences d'un Etat de droit, et de contribuer au jugement des pratiques juridiques de l'administration, compte tenu des exigences de l'action publique. On voit mal comment cette identité-là pourrait être maintenue dans le cadre d'un ordre juridictionnel réunifié, car, de toute évidence, l'actuelle dialectique entre les fonctions juridictionnelle et consultative ne pourrait plus s'y reproduire.

.....
Nicolas Kada, , Les grands arrêts et le droit administratif AJDA 2008 p. 2098

L'essentiel

Si les grands arrêts sont traditionnellement au fondement du droit administratif, ils sont aussi progressivement concurrencés par d'autres sources et par la diffusion de la connaissance du droit administratif. Toutefois, ils restent un instrument indispensable de ce droit qu'ils consolident et qu'ils unifient.

[....]

Dès lors, une interrogation immédiate se fait jour, identique à celle que formulait déjà en 2006 le président Guy Braibant dans cette revue (AJDA 2006. 1428¹) : « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? » (1) ? Que signifie cette expression bien connue, du moins des juristes ? Quelques indices sont à notre disposition. L'existence d'un ouvrage éponyme, tout d'abord, dont la 1^{re} édition date de 1956 et dont l'abréviation « *GAJA* » permet aux étudiants d'avoir l'impression d'approcher, sinon de rentrer, dans l'intimité du droit administratif. De plus, alors qu'aucune autre tentative de synthétisation de la jurisprudence administrative n'avait vu le jour depuis les *Notes d'Hauriou* relatives aux principaux arrêts rendus par le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat de 1892 à 1928, le « *GAJA* » s'est progressivement imposé comme une référence éditoriale, jusque dans les allées du Conseil d'Etat...

Mais ce faisceau d'indices, purement éditorial, n'est guère satisfaisant et ne peut rendre correctement compte d'une réalité évidemment plus complexe : les « grands arrêts » ne sauraient, en effet, se réduire à

ceux qui seraient recensés dans ces quelques ouvrages et encore moins dans le premier d'entre eux. Pour une raison très simple : au nom de quoi un nombre restreint d'observateurs et de juges pourrait-il décider, de manière isolée, de l'attribution ou non de la qualité de « grand arrêt » à une décision juridictionnelle ? Une sortie, un déclassement ou même une non-sélection originelle au sein du fameux « *GAJA* » n'obère nullement les chances pour un arrêt de se voir tout de même distingué, reconnu comme grand.

Les auteurs eux-mêmes de ce célèbre « *GAJA* » semblent d'ailleurs avoir quelque peu renoncé à une démarche de justification préliminaire de leur sélection : la préface qui tentait initialement d'expliquer la démarche d'identification a ainsi disparu des éditions les plus récentes. Sans doute des préoccupations purement éditoriales et matérielles viennent-elles de surcroît influencer les critères de sélection des auteurs. Comment expliquer autrement la relative permanence du nombre d'arrêts publiés et commentés dans ce recueil : 114 à l'origine (en 1956) et 118 dans la dernière édition (en 2007) ?

En revanche, un autre élément (lui aussi purement quantitatif, pourtant) devrait retenir notre attention dans notre volonté de définition de ce que peuvent être les « grands arrêts » : 73 des décisions publiées dans la première édition du « *GAJA* » (sur 114 donc) existent toujours dans l'édition 2007. La permanence et la postérité semblent ainsi indéniablement constitutives de la « grandeur » d'un arrêt. En effet, alors que celui-ci semble difficilement pouvoir être grand par essence (le qualificatif imposant de lui-même une nécessité de comparaison : « grand » par rapport à d'autres arrêts), la préservation de son autorité à travers le temps paraît un critère déterminant d'identification. Or, la postérité nécessite que l'arrêt concerné soit réellement une décision définitive. Cette remarque incidente nous permet de préciser que nous entendons par « arrêt » toute décision revêtue définitivement de l'autorité de la chose jugée, c'est-à-dire rendue par une juridiction suprême : ainsi, en ce qui concerne le droit administratif, le Conseil d'Etat évidemment, le Tribunal des conflits également, mais aussi ponctuellement la Cour de cassation ainsi que les juridictions communautaire et européenne.

Enfin, le litige qui est à la source d'un grand arrêt n'est que rarement d'une grande importance, comme en attestent les grands arrêts que sont incontestablement *Blanco* (T. confl. 8 févr. 1873, Lebon 1^{er} suppl 61, concl. David) ou *Nicolo* (CE ass. 20 oct. 1989, Lebon 190, concl. Frydman² ; *GAJA*, 16^e éd., n° 95). Le cas d'espèce importe peu : dans un « grand arrêt », le juge dit le droit plus qu'il ne tranche un litige. Cet élément nous permet d'ailleurs, très utilement, de distinguer les grands arrêts des seuls « arrêts de principe » (revêtus certes d'une autorité morale en dehors de l'espèce jugée, sans pour autant présenter de portée juridique supérieure) et des « arrêts de règlement » (prohibés dans notre système juridique). A l'inverse, il serait quelque peu abusif de déduire de ce critère de postérité des grands arrêts un quelconque lien avec une autre notion, propre au système juridique anglo-saxon : celle de précédent. Placée au coeur de la

Common Law, celle-ci transforme les décisions rendues en précédents obligatoires, impératifs, qui doivent être suivis par toutes les juridictions.

Nous savons donc ce que ne sont pas les grands arrêts. Mais qu'en est-il pour autant de ce qu'ils sont ? Répondre à cette interrogation impose d'identifier, d'une part, leurs premières apparitions, et, d'autre part, les personnes, autorités ou institutions qui participent à leur consécration.

[...]

Dès lors, est-ce à dire qu'un arrêt doit nécessairement être commenté pour « grandir » ? Le caractère éminemment prétorien du droit administratif français n'interdit pas en effet qu'un commentaire, du juge lui-même ou de la doctrine, vienne clairement affirmer la volonté que l'arrêt ait du sens, qu'il témoigne d'une politique jurisprudentielle, voire qu'il donne à penser un Etat, une vision de la société, au-delà du seul problème juridique qui trouve ponctuellement une solution. Sans adhérer totalement à l'opinion de Bruno Latour, lorsque celui-ci écrit : « Il n'existe pas une seule ligne de cette vaste élaboration du droit administratif, de cet amas de précédents, de ce corps de doctrine dont [le Conseil d'Etat] ne soit l'auteur. Jamais aucun député n'a voté la théorie des actes détachables, la chinoiserie des privilèges du préalable, ni même la sublime construction de l'intérêt public ou de la théorie du bilan » (extrait de : B. Latour, *La fabrique du droit*, Livre de Poche, 2004, 320 pages), il nous faut néanmoins admettre que c'est du dialogue du juge et de la doctrine - et rarement d'un seul d'entre eux - que naissent véritablement les grands arrêts. Et dans quel but ? Pourquoi juges et doctrine s'accordent-ils - et parfois se disputent-ils - pour reconnaître des grands arrêts au sein d'une jurisprudence foisonnante ?

Définir les grands arrêts par ce qu'il sont, *in abstracto*, aboutit donc à une impasse : ils ne peuvent, en effet, se définir que par leur objet, leur fonction. L'approche fonctionnelle permet ainsi tout à la fois d'éviter les pièges d'une définition qui se voudrait universelle et intemporelle (alors que les grands arrêts sont divers par essence) et de relier les décisions de justice les plus importantes au coeur même de nos préoccupations : le droit administratif et le juge administratif. Ainsi, s'ils constituent incontestablement une référence, même affaiblie, pour la construction et la connaissance du droit administratif, les grands arrêts demeurent également un instrument encore indispensable à la consolidation et à l'unification du droit administratif.

Les grands arrêts : une référence affaiblie du droit administratif

Peut-on imaginer le droit administratif français sans les grands arrêts qui en jalonnent l'affirmation ? En effet, ces grands arrêts, dont on a vu la difficulté à définir la nature même, peuvent être assimilés à une véritable référence pour le droit administratif : une référence évidente bien qu'affaiblie dans la

construction elle-même du droit administratif, mais aussi une référence peut-être moins visible et progressivement diluée en matière de connaissance du droit administratif.

Les grands arrêts, une référence affaiblie dans la construction du droit administratif

« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ». Ce principe énoncé à l'article 4 du code civil s'est imposé au juge administratif. En effet, ce dernier ayant refusé d'appliquer à l'administration les principes du code civil, a été amené à édicter ses propres règles. Les grands arrêts élaborés par le juge administratif constituent ainsi le fondement originel du droit administratif même s'ils sont aujourd'hui concurrencés par d'autres sources normatives.

Les grands arrêts traditionnellement au fondement du droit administratif

La loi des 16 et 24 août 1790 et la loi du 28 pluviôse an VIII ont été à l'origine de la création des juridictions administratives. L'arrêt *Blanco* (T. confl. 8 févr. 1873, préc.) consacre par ailleurs le principe selon lequel le droit appliqué par ces juridictions est distinct des règles « établies dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ». Cependant certains grands arrêts du droit administratif empruntent au droit privé, atténuant ainsi cette autonomie. Dès 1903 une évolution semblait apparaître dans ce sens avec l'arrêt *Terrier* (CE 6 févr. 1903, Lebon 94, concl. Romieu¹). Mais c'est surtout dans le cas de l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain* (T. confl. 22 janv. 1921, Lebon 91) que le juge consacre la notion de gestion privée du service public.

Ces emprunts au droit privé ne remettent pas en cause le rôle déterminant du juge administratif dans la construction de ce droit. Ce dernier est, en effet, à l'origine des règles essentielles en matière de responsabilité de la puissance publique, telles que la reconnaissance et le développement de la responsabilité sans faute : il suffit de se reporter, par exemple, à l'arrêt *Commune de Saint-Priest-la-Plaine* (CE ass. 22 nov. 1946, Lebon 279²), pour n'en retenir qu'un. Il est également à l'origine des critères d'identification des contrats administratifs dans l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges* (CE 31 juill. 1912, Lebon 909, concl. Blum³) et l'arrêt *Epoux Bertin* (CE sect. 20 avr. 1956, AJDA 1956. 272, concl. Long) ou encore de la définition du service public. Mais ce sont surtout les principes généraux du droit qui mettent en évidence le rôle créateur des grands arrêts du droit administratif.

Cette construction jurisprudentielle présente de multiples avantages. Les grands arrêts ont aussi contribué

à assurer de manière pragmatique l'équilibre entre l'intérêt public et les intérêts privés, comme dans l'arrêt *Abbé Olivier* (CE 19 févr. 1909, Lebon 181 ¹) ; à étendre le contrôle juridictionnel sur les décisions de l'administration, comme dans les arrêts *Prince Napoléon-Joseph Bonaparte* (CE 19 févr. 1875, Lebon 155, concl. David ²), *Hardouin* et *Marie* (CE ass. 17 févr. 1995, Lebon 82 ³ et 85 ⁴, concl. P. Frydman ; AJDA 1995. 379, chron. L. Touvet et J.-H. Stahl ⁵ ; D. 1995. Jur. 381, note N. Belloubet-Frier ⁶ ; RFDA 1995. 353, concl. P. Frydman ⁷) ; à faire du juge un protecteur efficace du droit des administrés, tel que dans l'arrêt *Dame Lamotte* (CE ass. 17 févr. 1950, Lebon 110 ⁸).

Cependant le caractère prétorien du droit administratif pose le problème de la rétroactivité de la règle posée par le juge même si ce dernier a développé la pratique de l'arrêt de rejet. Ainsi dans l'arrêt *Nicolo* (préc.), le Conseil d'Etat, tout en affirmant la primauté des traités internationaux sur la loi postérieure, rejette l'application du principe en l'espèce.

Les grands arrêts progressivement concurrencés par d'autres sources

Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? Cette réflexion mise en lumière par le doyen Vedel en 1979 est aujourd'hui encore d'actualité. Force est de constater, en effet, que de nombreux pans du droit administratif sont désormais codifiés. La codification de la procédure administrative non contentieuse est d'ailleurs un exemple topique de cette évolution. Cette codification se réalisa par une multiplication des lois et décrets portant sur le sujet, à savoir : la loi du 3 janvier 1973 instituant le médiateur de la République, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, la loi du 17 juillet 1978 relative à la communication des documents administratifs, alors même que le droit d'accès aux documents administratifs a été érigé au rang de liberté fondamentale par le Conseil d'Etat dans l'arrêt *Ullmann* (CE 29 avr. 2002, Lebon 156 ⁹ ; AJDA 2002. 691, note P. Raimbault ¹⁰ ; RFDA 2003. 135, concl. D. Piveteau ¹¹), la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs, le décret du 28 novembre 1983 portant sur les relations entre l'administration et les usagers ou encore la loi du 12 avril 2000 portant sur les droits des usagers dans leurs relations avec l'administration... pour n'en citer que les plus emblématiques.

La codification du droit administratif présente néanmoins une dimension spécifique dans la mesure où le législateur reprend parfois des règles prétoriennes s'affranchissant ainsi de l'obligation de codifier à droit constant. Nous pouvons à titre illustratif citer le statut général de la fonction publique de 1946, la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades qui codifie dans une certaine mesure l'arrêt *Centre hospitalier de Nice c/ Epoux Quarez* (CE sect. 14 févr. 1997, Lebon 44 ¹² ; AJDA 1997. 480, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ¹³ ; RFDA 1997. 374, concl. V. Péresse ¹⁴ ; arrêt qui se distingue l'arrêt *Perruche* de la

Cour de cassation du 17 nov. 2000) ou encore la loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne qui étend le contrôle de proportionnalité inauguré dans l'arrêt *Benjamin* (CE 19 mai 1933, Lebon 541 ¹⁵) au sujet des mesures de police (il s'applique en l'espèce à l'immobilisation des véhicules en circulation). Il n'est pas rare non plus que le juge administratif complète la norme édictée par le législateur dans un souci d'unification et de clarté du droit : ainsi, l'arrêt *Ternon* (préc.) reprend le critère posé pour les décisions implicites d'acceptation par la loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration du 12 avril 2000.

Il nous faut toutefois mettre en exergue une imbrication inquiétante des règles en matière administrative. En effet, aux normes prétoriennes viennent se greffer les règles du droit interne et communautaire. Le droit des contrats illustre parfaitement cet enchevêtrement ainsi que les difficultés qui en découlent. Loin d'être un facteur de clarté, l'éclatement des sources du droit s'avère être un vecteur de complexification : en atteste ainsi la jurisprudence *Commune de Sauve c/ Société Gestetner* (T. confl. 5 juill. 1999, Lebon 465 ¹⁶ ; AJDA 1999. 626, chron. F. Raynaud et P. Fombeur ¹⁷ ; RFDA 1999. 1163, concl. R. Schwartz ¹⁸), démentie par la loi dite « Murcef » du 11 décembre 2001. Dès lors, qu'en est-il dans ces conditions de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité du droit ?

Il convient enfin de mettre en relief la méfiance du juge administratif à l'égard de ces normes écrites. Le Conseil d'Etat ou le Tribunal des conflits préfèrent parfois fonder leur décision sur un principe plutôt que de se référer directement au droit écrit, comme dans l'arrêt *Epoux Barbier* (T. confl. 15 janv. 1968, Lebon 789, concl. Kahn ¹⁹). L'arrêt *Compagnie Alitalia* (CE ass. 3 févr. 1989, Lebon 44 ²⁰) est également symptomatique de cette tendance. Dans cette décision, le Conseil d'Etat s'est, en effet, fondé sur le principe général du droit selon lequel l'administration est tenue d'abroger un règlement illégal plutôt que sur le décret du 28 novembre 1983 qui énonçait déjà cette obligation.

Cette attitude du juge administratif est-elle réellement condamnable ? Rien n'est moins sûr compte tenu des maux dont souffre aujourd'hui la loi (absence de normativité, « loi bavarde »). Faut-il donc voir dans cette entreprise de codification la mort programmée des grands arrêts de la jurisprudence administrative ? [...]

De la multiplication à la dilution des grands arrêts

Alors que la plupart des administrativistes reconnaissent le déclin du rôle des grands arrêts dans l'élaboration du droit administratif, on assiste parallèlement à une multiplication des recueils d'éditeurs intitulés « grands arrêts » de telle ou telle branche juridique (nous pouvons recenser en 2008 près d'une vingtaine de recueils de ce type, dans le milieu éditorial juridique). Cette relative dispersion des grands arrêts nuit à leur identification et à leur capacité à donner cette « vue pédagogique d'ensemble » du droit

administratif qui leur est traditionnellement attribuée. Que penser par exemple de l'existence de « grands arrêts du droit de l'urbanisme » ? De cet état de fait résulte une perte de clarté, due principalement à la diversité des juges susceptibles de prendre de grands arrêts ayant un impact en droit administratif : au juge administratif, au Tribunal des conflits et au juge judiciaire s'ajoutent en effet désormais les juges communautaire et européen.

Les grands arrêts : un instrument indispensable du droit administratif

Même s'il y a un affaiblissement des grands arrêts en tant que référence du droit administratif, il n'en demeure pas moins qu'ils constituent toujours un instrument indispensable pour le juge administratif, car ils lui permettent d'assurer en même temps la consolidation et l'unification du droit administratif.

Les grands arrêts, un instrument de consolidation du droit administratif

Alors que les premiers grands arrêts visaient à établir les fondements de la discipline, en précisant notamment la répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif, les grands arrêts plus contemporains s'attachent à consolider la construction ainsi édiflée. On assiste dès lors à un déplacement des champs de l'innovation contentieuse ainsi qu'à l'accroissement de la motivation des arrêts.

Le déplacement des champs de l'innovation contentieuse

Si les grands arrêts continuent d'innover, c'est principalement dans des domaines contentieux singuliers et spécialisés. Certes, la jurisprudence poursuit l'extension du contrôle du juge de l'excès de pouvoir et explore également de nouvelles voies dans le contentieux de la responsabilité. Mais les grands arrêts de la seconde moitié du XX^e siècle investissent surtout la thématique des principes généraux du droit et les règles de fonctionnement et de procédure des juridictions administratives.

En ce qui concerne les principes généraux du droit, le juge administratif s'était d'abord attaché à constater l'existence de principes réellement généraux, à portée universelle, se rattachant principalement à la liberté, à l'égalité et à la sécurité. Ainsi, dans les années 1940 et 1950, les grands arrêts affirment-ils la liberté du commerce et de l'industrie (CE ass. 22 juin 1951, *Daudignac*, Lebon 362^{III}), l'égalité entre usagers du service public (CE ass. 25 juin 1948, *Société du journal L'Aurore*, Lebon 289^{III}), l'égalité régissant le fonctionnement du service public (CE sect. 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Lebon 151^{III}), les droits de la défense (CE sect. 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Lebon 133^{III} ; et CE ass. 26 oct. 1945, *Aramu*, Lebon 213^{III}(2)) ou encore la possibilité d'exercer un recours pour excès de

pouvoir contre toute décision administrative, même en l'absence de texte (CE ass. 17 févr. 1950, *Dame Lamotte*, préc.).

Or, à partir des années 1970, apparaissent de nouveaux principes généraux du droit, plus spécialisés, à portée plus catégorielle. Ainsi en va-t-il de l'arrêt *GISTI* (CE ass. 8 déc. 1978, Lebon 293^{III} ; AJDA 1979. 38) relatif au droit de mener une vie familiale normale. De même, l'arrêt *Dame Peynet* (CE ass. 8 juin 1973, Lebon 406^{III} ; AJDA 1973. 587, chron. Franc et Boyon) énonçait quelques années plus tôt de manière très précise un principe général du droit : « Le principe, dont s'inspire le code du travail, selon lequel aucun employeur ne peut, sauf dans certains cas, licencier une salariée en état de grossesse, s'applique aux femmes employées dans les services publics, lorsque aucune nécessité propre à ces services ne s'y oppose ». Dans cette affaire, la haute juridiction avait d'ailleurs choisi de ne pas suivre les conclusions du commissaire du gouvernement, pour leur préférer une solution plus limitée permettant de maîtriser les implications pratiques de la règle énoncée.

En ce qui concerne les règles de fonctionnement et de procédure des juridictions administratives, on observe le même glissement du registre des principes généraux vers celui des modalités plus précises. En effet, mis à part leur statut de « grand arrêt », comment comparer les portées respectives de la jurisprudence *Téry* (CE 20 juin 1913, Lebon 736, concl. Corneille^{III}) relative aux droits de la défense devant les juridictions administratives en général et de la jurisprudence *Kress* (préc.) où la Cour européenne se prononce contre la non-communication préalable des conclusions du commissaire du gouvernement ainsi que sa participation au délibéré ? Cet arrêt consacre en effet une notion, celle d'impartialité objective, fort éloignée du mode de raisonnement retenu dans l'arrêt *Téry*.

Il y a donc incontestablement un glissement progressif dans la portée des grands arrêts, qui continuent d'innover mais dans des matières contentieuses de plus en plus spécifiques. Parallèlement, ces arrêts deviennent de plus en plus « grands » d'un point de vue de leur stricte motivation, démontrant ainsi leur raffinement mais aussi leur cloisonnement.

D'un grand arrêt court à un grand arrêt long

La technicité du droit administratif s'exprime classiquement dans la substance même des arrêts, mais aussi dans leur forme, c'est-à-dire leur degré de précision dans le développement de l'argumentation.

Comment une nouvelle fois comparer l'arrêt *Cadot* (CE 13 déc. 1889, Lebon 1148, concl. Jagerschmidt^{III}) doté d'un considérant particulièrement laconique (« il est né entre les parties un litige dont il appartient

au Conseil d'Etat de connaître ») et l'arrêt *Association AC !* (CE ass. 11 mai 2004, Lebon 197, concl. C. Devys ¹ ; AJDA 2004. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica ² ; J.-H. Stahl et A. Courrèges, La modulation dans le temps des effets d'une d'annulation contentieuse, RFDA 2004. 438 ³ et 454, concl. C. Devys ⁴) pourvu de dix-sept considérants dont celui relatif à l'office du juge de l'excès de pouvoir ne compte pas moins de dix-huit lignes et s'avère être un mode d'emploi très détaillé des conditions dans lesquelles le principe de rétroactivité de l'annulation contentieuse peut être modulé ?

Une remarque analogue peut être retenue à l'égard de l'arrêt *Société fermière de Campoloro* (CE sect. 18 nov. 2005, Lebon 515 ⁵ ; AJDA 2006. 137, chron. C. Landais et F. Lenica ⁶ ; LPA 24 avr. 2006, n° 81, p. 4), dans lequel le Conseil d'Etat énonce de manière très précise les conditions dans lesquelles le préfet peut obliger une commune à céder une partie de ses actifs, afin d'honorer ses dettes.

Il nous faut donc admettre cette évidence : les grands arrêts les plus contemporains sont majoritairement moins fondateurs et plus techniques. En ce sens, ils expriment désormais une justice administrative plus profane, mais au risque que l'autorité de ses décisions soit également plus fragile. Faute de ne plus être « *brevitas* », les grands arrêts risquent-ils d'altérer son « *imperium* » ? Ou faut-il considérer, au contraire, qu'ainsi détaillés et circonscrits, les grands arrêts s'imposent avec plus de force encore et oeuvrent plus efficacement à l'unité du droit administratif ?

Les grands arrêts, un instrument d'unification du droit administratif

Les grands arrêts sont des instruments qui permettent au juge d'uniformiser le contenu du droit administratif. Il conserve ainsi, par ce biais, la maîtrise de la politique jurisprudentielle qu'il entend mener. Il effectue, à cette occasion, un choix d'opportunité entre plusieurs options envisageables. Un grand arrêt peut ainsi permettre d'uniformiser des jurisprudences divergentes, mais aussi de recourir à d'autres voies d'unification.

L'uniformisation de jurisprudences divergentes

Du fait de la création des tribunaux administratifs en 1953, puis des cours administratives d'appel en 1987, des divergences de solutions peuvent se manifester au sein de l'ordre juridictionnel administratif. En prenant position pour une solution déterminée, le juge administratif va mettre fin aux hésitations des juridictions du fond, et imposer sa volonté. Un grand arrêt peut ainsi permettre au Conseil d'Etat de rappeler aux juges du fond une solution qu'il entend conserver. Cela a été le cas, par exemple, en matière de responsabilité de la puissance publique du fait de ses activités de contrôle. Alors que certaines cours

administratives d'appel ont tenté de la mettre en oeuvre sur le fondement de la faute simple, le Conseil d'Etat a réaffirmé sa position traditionnelle relative à l'exigence d'une faute lourde (CE ass. 30 nov. 2001, *Kechichian*, Lebon 587, concl. A. Seban ¹ ; AJDA 2002. 133, chron. M. Guyomar et P. Collin ² ; RFDA 2002. 742, concl. A. Seban ³, à propos du contrôle de la puissance publique sur des organismes privés - ici des banques - ; CE sect. 21 juin 2000, *Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, Lebon 236 ⁴ ; RFDA 2000. 1096, note P. Bon ⁵ ; Dr. adm. 2000, comm n° 195 et 242, note L. Touvet, à propos du contrôle de la puissance publique sur les collectivités territoriales).

Dans le sens inverse, l'uniformisation d'une solution peut parfois être l'occasion pour le juge administratif de prendre une position plus libérale que celle envisagée par les juridictions du fond. A ce titre, les arrêts *Consorts N'Guyen, Jouan et Pavan* sont révélateurs de cette attitude. L'affaire était singulière : elle concernait la responsabilité des centres de transfusion sanguine à l'égard de victimes contaminées par le virus du Sida. Le Conseil d'Etat a rejeté le régime de présomption de faute envisagé par les juridictions du fond et a dégagé une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de la puissance publique (CE ass. 26 mai 1995, *Consorts N'Guyen, Jouan et Pavan*, Lebon 221 ⁶ ; AJDA 1995. 508, chron. J.-H. Stahl et D. Chauvaux ⁷ ; RFDA 1995. 748, concl. S. Daël ⁸). Dans le même sens, le Conseil d'Etat s'est prononcé en faveur de la responsabilité pour faute simple des établissements hospitaliers du fait de dommages causés par des actes médicaux, alors que les juridictions du fond continuaient d'appliquer un régime de responsabilité pour faute lourde (CE ass. 10 avr. 1992, *Epoux V.*, Lebon 171, concl. H. Legal ⁹ ; AJDA 1992. 355, concl. H. Legal ¹⁰).

Mais un grand arrêt peut aussi avoir pour objet d'unifier les solutions entre les différents ordres de juridiction, et ainsi se rallier à une position initiée par la Cour de cassation. L'arrêt *Didier* nous en fournit un exemple topique. Sous la pression du droit européen, les juges de l'Ile de la Cité ont d'abord conclu à l'applicabilité du principe d'impartialité aux autorités administratives indépendantes (Cass., ass. plén., 5 févr. 1999, *COB c/ Oury*, D. 1999. SC. 249, obs. I. Bon-Garcin ¹ ; Bull. civ. ass. plén. n° 1, p. 1 ou encore Com. 5 oct. 1999, *SNC Campenon Bernard, SGE*, Bull. civ. IV, n° 158, p. 133). Les juges du Palais-Royal les ont rejoints à l'occasion de l'arrêt *Didier* (préc.). On remarquera, à ce titre, que l'affirmation d'une position commune aux deux ordres de juridiction n'est pas toujours l'oeuvre du juge administratif. Le Tribunal des conflits, dans l'exercice de sa mission de juge des compétences, est en effet parfois amené à trancher une question de fond. Il a pu, à ces occasions, rendre un « grand arrêt » au terme duquel il a précisé la définition d'une notion importante du droit administratif. Tel a été le cas de la notion de travaux publics. Le débat sur la nature des travaux de reconstruction de l'après-guerre, qui avait donné lieu à des positions divergentes des juridictions judiciaires et administratives du fond, a conduit le Tribunal des conflits à définir la notion de travaux publics (T. confl. 28 mars 1955, *Effimieff*, Lebon 617

■ ; AJDA 1955. 332).

L'uniformisation par d'autres voies

On ne manquera pas de relever que l'uniformisation engagée par un grand arrêt peut prendre plusieurs voies. Tout d'abord, et comme on a déjà pu le constater, le juge administratif peut mener son oeuvre unificatrice en ayant recours à des règles prétorienne. Mais surtout, un grand arrêt peut avoir une fonction unificatrice par l'interprétation que le juge dégage de textes supra-réglementaires. Ainsi, par exemple, le juge administratif a fourni aux juges du fond un véritable guide d'interprétation de la loi du 30 juin 2000 réformant les procédures d'urgence : un grand arrêt lui a alors permis d'interpréter la notion de liberté fondamentale (CE sect. 18 janv. 2001, *Commune de Venelles*, Lebon 18, concl. L. Touvet ■ ; AJDA 2001. 157, chron. M. Guyomar et P. Collin ✎ ; RFDA 2001. 378, concl. L. Touvet ■ et 681, note M. Verpeaux ■). Dans le même sens, le juge administratif a adopté une interprétation particulièrement extensive (novatrice ?) des dispositions du droit de la concurrence. Celle-ci lui a permis d'appliquer des textes visant des personnes privées aux actes de la puissance publique (CE sect. 3 nov. 1997, *Société Million et Marais*, Lebon 406, concl. J.-H. Stahl ■ ; AJDA 1997. 1012, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ✎ et AJDA 1998. 247, note O. Guézou ✎ ; RFDA 1997. 1228, concl. J.-H. Stahl ■). Un tel travail d'interprétation est promis à un avenir certain, en raison de l'affermissement quantitatif des textes écrits. L'interprétation relève d'un acte de volonté de la part du juge : elle permet alors à celui-ci de garder son emprise sur la matière.

En tout état de cause, les décisions du juge administratif pouvant être qualifiées de grands arrêts participent d'un effort de stabilisation du droit administratif. Le Conseil d'Etat, par son oeuvre jurisprudentielle, contribue alors à la sécurité juridique des administrés, en fixant la norme et en réduisant ainsi les incertitudes dans la réalisation du droit administratif. Rien d'étonnant à ce que, dans ce contexte, un grand arrêt du Conseil d'Etat soit venu consacrer un principe général de sécurité juridique (CE ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, Lebon 154 ■ ; AJDA 2006. 841, trib. B. Mathieu ✎, p. 897, trib. F. Melleray ✎ et p. 1028, chron. C. Landais et F. Lenica ✎ ; RFDA 2006. 463, concl. Y. Aguila ■).

En dépit de cette évolution qui vient d'être retracée de la fonction des grands arrêts - qui constituent désormais moins une grande référence sacralisée qu'un instrument très concret d'une politique jurisprudentielle de plus en plus élaborée et raffinée - ces décisions juridictionnelles conservent un point commun et en même temps un point d'ancrage : les grands arrêts font partie intégrante du patrimoine du droit administratif. En ce sens, ils expriment donc tout à la fois sa permanence, sa solidité, ses vertus démonstratives ainsi qu'une forme d'attachement presque sentimental... mais aussi son caractère quelque

peu intemporel, que d'aucuns pourraient même qualifier de « désuet ». En vertu de ces qualités - mais le lecteur a-t-il encore besoin d'être rassuré ? - les grands arrêts ont encore de beaux jours devant eux !

Fabrice Melleray, Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel, AJDA 2005 p. 637

L'essentiel

Alors qu'il y a vingt-cinq ans le doyen Georges Vedel plaidait pour une remise en cause du caractère jurisprudentiel du droit administratif afin de le rendre moins hermétique, plus accessible, le droit administratif est désormais de moins en moins jurisprudentiel, notamment sous l'effet de la politique actuelle dite de simplification du droit. Mais il est pourtant malheureusement de plus en plus secret...

[...]

Ainsi, nous espérons ne pas trahir la pensée de la doctrine dominante en énonçant les deux propositions suivantes. Le droit administratif est de plus en plus un droit écrit. Le droit administratif est toujours un droit fondamentalement jurisprudentiel (J.-M. Maillot, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit. Continuité et modernité*, Dalloz, 2003, p. 503). Deux possibilités sont alors ouvertes à l'interprète. Soit il considère que l'expression droit administratif est utilisée exactement dans le même sens dans les deux affirmations. Et l'on peut alors raisonnablement soutenir que ces dernières sont quelque peu contradictoires. Soit il admet, et telle est notre position, que cette expression revêt des significations légèrement différentes dans l'un et l'autre cas. Il nous semble, en effet, qu'elle désigne dans la première formule l'ensemble des normes spéciales applicables à l'administration, le droit positif. En revanche, elle vise dans la seconde formule les notions de base, les cadres essentiels d'appréhension et de compréhension de la matière. Et l'apparent paradoxe se dissipe alors. Le droit administratif est de plus en plus écrit, au sens où l'on y use dans la pratique de plus en plus de textes et de moins en moins de constructions jurisprudentielles autres que d'interprétation du droit écrit et il est pourtant toujours jurisprudentiel dans la mesure où, pour le comprendre, pour l'enseigner et en appréhender la logique il convient encore de se plonger sans modération dans la lecture des grands arrêts (*Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 14^e éd., 2003) et autres grandes décisions (J.-F. Lachaume, *Droit administratif. Les grandes décisions de la jurisprudence*, PUF, 13^e éd., 2002). S'opposent ainsi en quelque sorte une logique quantitative et une démarche plus qualitative et l'amateur de droit administratif se doit aujourd'hui comme hier d'être « arrestophile » (B. Pacteau, *La jurisprudence, une chance du droit*

administratif ?, Rev. adm., numéro spécial 6-1999, p. 70).

L'on pourrait presque s'arrêter là. Pourtant, il n'est peut-être pas inintéressant de pousser le raisonnement un peu plus avant, non sans immédiatement préciser quelques éléments essentiels. Tout d'abord, on se doit de reconnaître, à l'instar du président Daniel Labetoulle (Le juge administratif et la jurisprudence, Rev. adm., numéro spécial 5-1999, p. 59), que l'heure n'est plus actuellement à un débat relatif au déclin du pouvoir jurisprudentiel du juge administratif, débat qui a été l'occasion d'une intéressante controverse dans les colonnes de l'AJDA il y a près de vingt-cinq ans (D. Linotte, Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif, AJDA 1980, p. 632 ; S. Rials, Sur une distinction contestable et un trop réel déclin. A propos d'un récent article sur le pouvoir normatif du juge, AJDA 1981, p. 115 ; D. Linotte et S. Rials, Conclusion d'une controverse, AJDA 1981, p. 202).

[...]

Ajoutons, même si cela peut paraître évident, que cette jurisprudence, qui est désormais essentiellement, mais pas seulement, une « jurisprudence d'interprétation » (formule utilisée par Daniel Labetoulle pour désigner la jurisprudence permettant de préciser le sens du droit écrit et qui amène parfois le juge à quasiment le réécrire comme l'illustre par exemple CE sect. 15 juillet 2004, *Leroy*, AJDA 2004, p. 1923, chron. C. Landais et F. Lenica¹) est une donnée indépassable. Si la créativité, l'inventivité, l'audace du juge varient suivant les époques, existe une constante : on ne peut véritablement lire et appliquer avec certitude le droit écrit que lorsque le juge, qui en est l'interprète authentique, a précisé le sens qu'il en retenait ou qu'il lui attribuait. Et l'on sait au moins depuis Portalis qu'« on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois » (Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, notamment reproduit in *Ecrites et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 30).

Précisons enfin que la question de la codification du droit administratif, entendue non comme une compilation à droit constant de textes épars mais comme l'élaboration d'un ensemble structuré portant sur les éléments essentiels de la matière, a connu une histoire que l'on peut schématiquement résumer en trois temps (pour une étude historique approfondie, v. G. J. Guglielmi, *L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au 19^e siècle*, Annuaire d'histoire administrative européenne, vol. 8, 1996, p. 109). Le premier est celui d'une forte tentation codificatrice. A l'heure où la science du droit administratif apparaît (pour faire simple sous la Restauration et la Monarchie de Juillet), elle ne peut que développer un complexe d'infériorité à l'égard du droit civil et du monument alors considéré comme indépassable que constitue le code Napoléon. Il faut, pour que les administrativistes soient de vrais juristes, qu'ils aient eux aussi leur code (qu'on songe ainsi au travail de l'un des « pères fondateurs » de la discipline, Gérando, élaborant sous la Restauration des *Institutes* du droit administratif ou *éléments* du code administratif réunis et mis en ordre). Puis, deuxième temps avec lequel nous n'avons encore que

partiellement rompu, à partir du moment où le droit administratif commence à conquérir son indépendance académique, la codification est tenue pour impossible (G. J. Guglielmi fait remonter cette « reconnaissance d'une impossibilité » aux années 1860). Les membres du Conseil d'Etat n'en veulent pas, craignant soit que cette codification soit parcellaire donc vaine, soit qu'elle soit complète mais restreigne alors d'autant leur pouvoir créateur et fige leur oeuvre, la cristallise et menace de la scléroser. Ainsi, à l'analyse d'Edouard Laferrière affirmant que le droit administratif n'est, à l'inverse du droit civil, pas codifié et qu'« il est douteux qu'il puisse l'être » (*Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Berger-Levrault, tome 1, 1^{re} éd., 1887, p. VII), fait écho huit décennies plus tard celle de Raymond Odent écrivant qu'une telle entreprise codificatrice serait « vaine » (*Contentieux administratif*, fasc. I, Les cours de droit, 1970-1971, p. 21 ; v. également M. Letourneur, Quelques réflexions sur la codification du droit administratif, in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 277).

[...]

Il n'est dès lors peut-être ni incongru ni inutile d'analyser quelques transformations récentes du droit administratif français, spécialement les principales mesures adoptées ou à adopter sur la base des textes législatifs dits de simplification du droit, qu'il s'agisse de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 (P. Gonod, La simplification du droit par ordonnances, AJDA 2003, p. 1652²) ou de celle du 9 décembre 2004 (Les principales dispositions de la loi du 9 décembre 2004, JCP A 2004, 1855), à la lumière de l'étude précitée de Georges Vedel. Lire ces lois et autres ordonnances les plus récentes en ayant à l'esprit le raisonnement de l'éminent auteur conduit en effet à une conclusion apparemment paradoxale. Le doyen Vedel affirmait qu'il convenait de codifier la jurisprudence administrative (ou plus précisément ses éléments essentiels, structurants) afin de rendre ce droit moins secret, plus accessible. Or, c'est justement l'inverse qui semble actuellement se produire. Le droit administratif est aujourd'hui de moins en moins jurisprudentiel et il est pourtant de plus en plus secret. Ce déclin du caractère jurisprudentiel de la matière est accéléré par la politique de simplification du droit. Perceptible dans la plupart des branches du droit administratif, il contribue malheureusement à la complexification de ce dernier.

Un déclin accéléré par la politique de simplification du droit

Commentant dans les années 1920 l'arrêt *Dame Cachet*, Maurice Hauriou pouvait écrire que le régime du retrait des actes administratifs était « un des exemples les plus nets du pouvoir créateur du Conseil d'Etat » (S. 1925, III, p. 9). Une telle analyse sera bientôt obsolète, l'article 2 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 habilitant le gouvernement « à prendre par ordonnance les mesures nécessaires pour

harmoniser les règles de retrait des actes administratifs, dans un objectif de simplification et de sécurité juridique ». Cet exemple nous semble très révélateur d'un mouvement dépassant le simple cas du retrait des actes administratifs. On codifie désormais le droit administratif pour le simplifier, le moderniser. Et il n'y a à première vue guère lieu de s'en étonner. La critique des défauts du droit jurisprudentiel est en effet trop connue pour qu'on y insiste, certains auteurs allant même jusqu'à affirmer que la jurisprudence est « la principale faiblesse du droit administratif » (J.-F. Brisson et A. Rouyère, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004, p. 17). La jurisprudence, outre son caractère intrinsèquement rétroactif (dont on sait qu'il est aujourd'hui très critiqué au nom de la sécurité juridique ; v. ainsi le rapport Molfessis, *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005), présente pour principal défaut d'être trop souvent hermétique au profane, réservée à l'initié.

De la même manière, des textes éparpillés rendent inévitablement l'accès au droit plus délicat et même souvent aléatoire. Et c'est évidemment dans cette perspective qu'a eu lieu la relance de la codification à la fin des années 1980. Or ce qui est justement spectaculaire dans les textes de 2003 et 2004 est qu'ils inaugurent « une nouvelle forme de codification : la codification dynamique » (N. Molfessis, RTD civ. 2004, p. 159). Rappelons brièvement les grands traits des étapes précédentes, postérieures à la Seconde Guerre mondiale. La première est celle d'une codification entièrement administrative à la suite du décret du 10 mai 1948 (C. Ettori, *Les codifications administratives*, EDCE, 1956, n° 10, p. 41). Les codes sont adoptés par décret, qu'il s'agisse de leur partie législative ou de leurs dispositions réglementaires.

Cette méthode, qui avait pour mérite d'assurer une certaine rapidité, n'était pas sans risques et sans inconvénients puisque les lois codifiées n'étaient pas abrogées (le pouvoir réglementaire étant dans l'impossibilité de le faire) et que cette juxtaposition pouvait poser problème. De plus, le juge a parfois fait montre d'un certain dédain vis-à-vis des dispositions innovantes de certains codes. Par exemple, c'est dans l'indifférence générale que le code du domaine de l'Etat élaboré en 1957 pose une définition en creux du domaine public, affirmant qu'il est constitué des biens publics « qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée » (art. L. 2, toujours en vigueur sur ce point, du code du domaine de l'Etat). Comme le soulignait le doyen Jean-Marie Auby, « ce code de 1957 a été l'oeuvre des fonctionnaires du ministère des Finances et du service des Domaines, qui avaient été élevés dans les facultés de droit dans le souvenir des domanistes du XIX^e siècle et aussi de Berthélemy » (intervention au colloque domaine public et activités économiques, CJEG, hors-série, 1991, p. 21) et cela explique sans doute que le juge, qui venait d'affiner son critère jurisprudentiel (CE sect. 19 octobre 1956, *Société « Le Béton »*, Lebon p. 375 ; AJDA 1956, II, p. 472, concl. M. Long et p. 488, chron. J. Fournier et G. Braibant), s'en soit notoirement désintéressé.

L'étape suivante a également été initiée par un texte réglementaire, le décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de la commission supérieure de codification (G. Braibant et A. Zaradny, *L'action de la commission supérieure de codification*, AJDA 2004, p. 1856). Il s'agit uniquement d'opérer une codification du droit écrit d'origine interne, et ce à droit constant. Les codes sont préparés par la commission et leur partie législative adoptée par le législateur afin de les sécuriser. Mais il est vite apparu, malgré quelques réalisations d'ampleur (en particulier le code général des collectivités territoriales dont la partie législative a été adoptée par la loi du 21 février 1996), que l'encombrement du calendrier parlementaire se révélait un obstacle considérable. La commission préparait des codes qui étaient en partie frappés d'obsolescence avant même d'être avalisés par le Parlement et donc d'entrer en vigueur.

En réaction à ce blocage, il a été décidé d'habiliter le gouvernement sur la base de l'article 38 de la Constitution à adopter la partie législative de certains codes (loi du 16 décembre 1999), le Conseil constitutionnel admettant et même encourageant une telle entreprise au nom de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (Cons. const. 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, AJDA 2000, p. 31, note J.-E. Schoettl ; v. pour une étude d'ensemble de la manière dont le juge constitutionnel appréhende la codification, M. Verpeaux, *La codification devant le Conseil constitutionnel*, AJDA 2004, p. 1849 ; et sur cet objectif de valeur constitutionnelle P. de Montalivet, *La « juridicisation » de la légistique*, in *La confection de la loi*, Roland Drago, dir., PUF, 2005, p. 99).

La troisième génération de la codification est ainsi celle de la codification par ordonnances, le législateur ayant pris soin de préciser la définition de la codification à droit constant, que ce soit dans la loi du 16 décembre 1999 ou dans celle du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations dont l'article 3 dispose que « la codification législative rassemble et classe dans des codes thématiques l'ensemble des lois en vigueur à la date d'adoption de ces codes. Cette codification se fait à droit constant, sous réserve des modifications nécessaires pour améliorer la cohérence rédactionnelle des textes rassemblés, assurer le respect de la hiérarchie des normes et harmoniser l'état du droit ». Et c'est notamment sur cette base qu'a été adoptée la partie législative du code de justice administrative (ordonnance n° 2000-387 du 4 mai 2000).

A les lire cursivement, les lois du 2 juillet 2003 et du 9 décembre 2004 semblent s'inscrire dans la droite ligne de celle du 16 décembre 1999. Elles habiliter également le gouvernement à adopter la partie législative de différents codes. Mais à les étudier de plus près, on s'aperçoit que certaines des hypothèses qu'elles visent ne se limitent pas à permettre une codification à droit constant mais au contraire invitent le gouvernement à réformer les branches du droit en cause. Ainsi l'article 89 de la loi du 9 décembre 2004

prolonge-t-il de six mois l'habilitation permettant au gouvernement d'adopter le code des propriétés publiques et de modifier, s'il le souhaite, ce chapitre essentiel du droit administratif. [...].

De même, il est habilité à adopter, cette fois-ci à droit constant, la partie législative du code de l'administration, du code de la commande publique ou encore du code général de la fonction publique (art. 84) et ce dans un délai de dix-huit mois. Ces codifications ne sont ainsi que la dernière étape du développement de la place du droit écrit en droit administratif. Les normes législatives et réglementaires y sont désormais tellement nombreuses qu'il devient impératif de les rassembler afin, sinon de véritablement simplifier le droit, d'éviter d'entretenir « l'indigestion du corps social » (R. Savatier, L'inflation législative et l'indigestion du corps social, D. 1977, chron. p. 43). Et ces codifications ne sont ainsi, même lorsqu'elles se font à droit constant, que le révélateur du déclin du caractère jurisprudentiel du droit administratif (car si les textes ne jouaient pas un rôle essentiel il n'y aurait guère besoin de les codifier), déclin perceptible dans la plupart des branches du droit administratif.

Un déclin perceptible dans la plupart des branches du droit administratif

Il ne saurait évidemment être ici question d'évoquer toutes les branches de la matière pas plus que celles dont le caractère essentiellement écrit n'est pas contesté. Il en est ainsi du droit de la fonction publique, et ce au moins depuis l'adoption du statut de 1946 (le si attendu code général de la fonction publique ne fera dès lors que réaliser une synthèse depuis trop longtemps laissée à la seule charge des éditeurs privés). Il en va de même des branches les plus récentes de la matière, qu'on songe au droit de l'urbanisme ou encore au droit de l'environnement, dont nul ne semble d'ailleurs affirmer le caractère essentiellement jurisprudentiel et qui sont respectivement dotés d'un code depuis 1972 pour le premier et 2000 pour le second. Mieux vaut sans doute se concentrer sur quelques exemples généralement considérés comme les fleurons du caractère jurisprudentiel du droit administratif. On en évoquera notamment deux dont Pierre-Laurent Frier considère qu'ils « restent, pour l'essentiel, fondés sur les grands arrêts du Conseil d'Etat » (*Précis de droit administratif*, préc., n° 143) : le droit des contrats administratifs et le régime de l'acte administratif.

Commençons par le droit des contrats administratifs. La négation de son caractère essentiellement jurisprudentiel a été opérée en des termes qui restent d'une grande actualité par François Llorens il y a déjà vingt ans (Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?, in *Mélanges Max Cluseau*, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 377). Et la démonstration est assurément facilitée par les évolutions postérieures du droit positif. François Llorens mettait en particulier en évidence que les règles jurisprudentielles ne jouaient qu'un rôle subsidiaire en matière contractuelle,

l'essentiel des questions étant réglées soit par la législation ou la réglementation en vigueur soit par les stipulations contractuelles. Et l'auteur de démontrer que « les théories jurisprudentielles les plus célèbres se révèlent enfin pour ce qu'elles sont et qu'elles n'auraient jamais dû cesser d'apparaître : des règles subsidiaires, d'application limitée, destinées à corriger les effets du contrat dans des hypothèses exceptionnelles » (préc., p. 391). En effet, la « théorie générale du contrat administratif » (F. Brenet, La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes, AJDA 2003, p. 919) est d'un usage fort limité. L'essentiel du droit des contrats administratifs, d'un point de vue quantitatif comme qualitatif, se trouve dans la loi ou le règlement (pour une critique de la place laissée jusqu'à présent au pouvoir réglementaire en matière de contrats administratifs, v. notamment Y. Gaudemet, Le contrat administratif, un contrat hors la loi, Cah. Cons. const. 2004, n° 17, p. 91). Le régime de la concession de service public était largement jurisprudentiel. Le régime et la notion même de convention de délégation de service public sont aujourd'hui en grande partie prévus par des dispositions écrites depuis les lois du 29 janvier 1993 et du 11 décembre 2001. Un bon exemple de cette importance du droit écrit est également offert par le contrat de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004. Non seulement la notion est précisée (certes de manière imparfaite) par l'ordonnance, tout comme ses modalités de passation, mais les rédacteurs de l'ordonnance ont en quelque sorte contractualisé les pouvoirs généraux dont dispose l'administration à l'égard de ses cocontractants. L'ordonnance pose en effet dans son article 11 (ainsi que dans l'article L. 1414-12 du code général des collectivités territoriales) que le contrat doit comprendre une importante série de clauses obligatoires. Et le contrat doit ainsi contenir des clauses relatives aux modalités de contrôle et de direction, au pouvoir de sanction, au pouvoir de modification unilatérale ou encore au pouvoir de résiliation unilatérale. A quoi sert dès lors la théorie générale sauf cas exceptionnel si les questions qu'elle règle le sont déjà par le contrat ?

Le cas de la procédure administrative non juridictionnelle est également très révélateur. Outre la codification annoncée de la jurisprudence relative au retrait, la perspective de l'édiction d'un code de l'administration (R. Schwartz, Le code de l'administration, AJDA 2004, p. 1860) n'est que la conséquence logique du développement spectaculaire du droit écrit en la matière depuis les grandes lois de la fin des années 1970. Est-il besoin d'insister ? Qu'il s'agisse de la motivation des actes administratifs, de leur communication ou même désormais plus largement des relations entre l'administration et les administrés-citoyens les règles essentielles sont désormais écrites. Le code de l'administration, s'il intervient, réglera ainsi probablement une question lancinante (v. sur ce point par exemple la synthèse d'Y. Gaudemet, La codification de la procédure administrative non contentieuse en France, D. 1986, chron. p. 107). En effet, depuis la fin des années 1960, une partie de la doctrine réclamait, en s'inspirant en particulier des enseignements du droit comparé (v. notamment G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968, p. 671), une telle codification. Et différents projets en ce sens avaient

échoué, notamment au début des années 1980, sans doute car le droit écrit était alors trop lacunaire. Tel ne semble justement plus être le cas.

Il en va un peu de même de la procédure juridictionnelle administrative. Si le temps des grands arrêts n'est assurément pas révolu (qu'on songe à CE Ass. 11 mai 2004, *Association AC !*, AJDA 2004, p. 1183, chron. C. Landais et F. Lenica), à qui fera-t-on croire que l'essentiel des principes de la matière n'est pas aujourd'hui énoncé dans le code de justice administrative, que ce soit dans son « décalogue » (art. 2 à 11 du titre préliminaire) ou dans ses titres un à neuf ? Certes la distinction des contentieux, même si elle a fait l'objet de consécration textuelles marginales ou indirectes, ou encore les techniques mêmes de contrôle demeurent rétives à une codification. Mais la plupart des principes structurant la matière sont bien dans le code (qui est d'ailleurs, du fait de la qualité de ses rédacteurs, selon nous le mieux écrit des codes récemment rédigés et le seul à pouvoir soutenir la comparaison d'un point de vue rédactionnel avec des codifications plus anciennes).

Il nous semble dès lors que, parmi les principaux chapitres du droit administratif, un seul demeure essentiellement (au sens qualitatif) jurisprudentiel : c'est le droit de la responsabilité administrative. Même si les régimes spéciaux se sont multipliés, les principes de base demeurent non écrits (v. toutefois l'analyse, que les évolutions postérieures du droit positif permettent de renforcer, de C. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974, p. 489) et le « droit commun de la responsabilité administrative » est encore jurisprudentiel (M. Paillet, Existe-t-il une responsabilité de droit commun ?, in *Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique ?*, Les colloques du Sénat, 2002, p. 89).

Georges Vedel avait donc raison : le droit administratif ne pouvait pas rester indéfiniment jurisprudentiel. Mais cela veut-il dire qu'il est désormais plus accessible, moins hermétique au profane ? Malheureusement pas.

Un déclin contribuant à la complexification du droit administratif

Portalis déjà relativisait les mérites du code en posant une question élémentaire et pourtant trop négligée : « le code même le plus simple serait-il à la portée de toutes les classes de la société ? » (*Discours préliminaire sur le projet de code civil*, préc., p. 27). Force est malheureusement de constater que la plupart des textes contemporains ne sont à la portée que de trop rares initiés. Il est assez facile de mettre en évidence que les interventions récentes du législateur et du pouvoir réglementaire dans différents chapitres du droit administratif ont fait perdre à ces derniers une large part de cette cohérence. Deux

exemples nous semblent ici très spectaculaires et tout à fait révélateurs : il s'agit de celui du droit des propriétés publiques et de celui du droit des contrats administratifs.

Commençons par le cas du droit des propriétés publiques (v. dossier domaine public, AJDA 2005, p. 578). Ce droit reposait (et repose encore en partie) sur une logique de base assez simple : priorité était donnée à la protection des patrimoines publics au détriment éventuel de leur valorisation ou de leur gestion plus « dynamique ». La domanialité publique était conçue de manière particulièrement extensive (qu'on songe au destin de l'aménagement spécial qui n'a pas joué le rôle de « critère réducteur » de la domanialité publique initialement envisagé) et son régime de manière rigoureuse, notamment en matière d'interdiction de constitution de droits réels. Puis le législateur a multiplié les interventions ponctuelles afin essentiellement de remettre en cause les rigueurs de la jurisprudence : [...]

On se retrouve dès lors avec une construction particulièrement tourmentée. La définition classique du domaine public est entamée puisqu'on a multiplié les exceptions « législatives », qu'elles portent sur des personnes publiques particulières (La Poste) ou sur des catégories de biens (les immeubles de bureaux de l'Etat). Quant au régime du domaine public, il est en voie d'éclatement, de fragmentation. Au-delà, c'est la distinction binaire domaine public/domaine privé qui subit une nouvelle attaque et la théorie de l'échelle de la domanialité qui connaît une seconde jeunesse (F. Melleray, L'échelle de la domanialité, in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz, 2004, p. 287). Mieux, le législateur a réussi un tour de force. Certains biens appartenant à des personnes privées (et donc par définition n'appartenant pas au domaine public puisque la propriété publique est une des conditions de la domanialité comme l'a rappelé un récent avis du CE 10 juin 2004, *Agence France-Presse*, RFDA 2004, p. 923, chron. J. C.) ainsi que d'autres appartenant au domaine privé sont soumis à un même régime juridique empruntant certains de ses traits à la domanialité publique. C'est le cas de certains biens de France Télécom. Ce sera demain le cas de biens d'Aéroports de Paris si le projet de loi relatif aux aéroports est adopté. On se retrouve ainsi dans une situation où des biens privés et des biens du domaine privé d'une personne publique (ceux de l'exploitant public La Poste) sont soumis à un régime juridique inspiré de celui de la domanialité publique... Le législateur a-t-il de la sorte simplifié le droit ? A-t-il contribué à améliorer son intelligibilité pour l'écrire à la manière du Conseil constitutionnel ? Evidemment pas. On en arrive aujourd'hui à renoncer aux critères généraux façonnés par le juge et, sous couvert d'adapter le droit aux réalités économiques, à multiplier les législations particulières sans perspective d'ensemble. On peut certes y voir un bel exemple d'adaptation du droit à la complexité des besoins sociaux. On peut surtout, au moins selon nous, regretter qu'au lieu de changer un cadre général dont certains traits sont manifestement obsolètes et de lui substituer une nouvelle construction d'ensemble, on se contente de multiplier les réformes parcellaires. Espérons au moins que le code des propriétés publiques sera plus ambitieux...

Venons-en en quelques mots au cas des contrats administratifs, qui n'est guère plus réjouissant. Si l'on s'en tient ici à ce que l'on nomme désormais la commande publique, sans doute plus à tort qu'à raison mais tel devrait être l'intitulé du code attendu d'ici l'été 2006, on ne peut qu'être consterné. Outre la remise en chantier quasi permanente du code des marchés publics, le développement de nouvelles formules législatives de « contrats globaux » nuit aujourd'hui gravement à l'intelligibilité de la matière malgré les efforts de la doctrine pour essayer de donner de l'unité à une construction qui en manque largement (v. spécialement P. Delvolvé, *Les contrats globaux*, RFDA 2004, p. 1079¹). Ces contrats s'étaient développés, en particulier pour les collectivités locales, dans les interstices de la législation. C'est désormais la loi qui prend le relais de l'inventivité des parties validée par la jurisprudence. Qui peut aujourd'hui prétendre expliquer de manière claire, intelligible et rapide à un public étudiant de bon niveau la cohérence d'ensemble du droit contemporain ? Comment s'y retrouver entre toutes ces formules ? Comme le soulignent François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, le droit des contrats publics est « en miettes » (*Contrats MP* janvier 2005, Repère n° 1).

Il suffit ainsi de lire quelques-uns des très nombreux commentaires consacrés à l'ordonnance du 17 juin 2004 (v. en dernier lieu F. Llorens, *Les contrats de partenariat*, RJEP 2004, p. 511) pour constater que cette ordonnance, adoptée sous couvert de simplifier le droit, l'obscurcit notablement. Entre ceux qui voient dans cette formule un montage de droit commun pouvant aussi bien se substituer à un marché public qu'à une convention de délégation de service public et ceux qui à l'inverse y voient une formule dérogatoire, un marché public global destiné à n'être utilisé que de manière très marginale, il y a un gouffre d'incompréhension. L'unanimité ou presque se fait, en revanche, pour reconnaître que le législateur a sans doute procédé à l'envers. Au lieu d'essayer de remettre à plat le droit des contrats administratifs, il a multiplié les régimes spéciaux, juxtaposé les formules, alourdi, complexifié le droit. Et quand, sous couvert de simplifier le droit, on ajoute une nouvelle construction, sans en alléger aucune autre, l'observateur ne peut s'empêcher de s'étonner... Est-ce ainsi le juge qui a rendu le droit des contrats plus complexe depuis quinze ans ? Certainement pas. C'est bien davantage le législateur, en créant une catégorie contractuelle en 1993 sans se soucier de la définir avant 2001 (la convention de délégation de service public), en multipliant les législations sectorielles, en entassant les normes plutôt qu'en les triant.

Le juriste, qu'il soit universitaire ou praticien, ne doit d'ailleurs pas nécessairement se plaindre de cette complexification. Du point de vue professionnel le plus étroitement matérialiste, ce mélange de frénésie et de précipitation législatives donne aux experts un rôle considérable (même s'ils sont trop souvent négligés en amont de la réforme). Plus le droit est secret plus le conseil, la consultation sont nécessaires et plus le contentieux et donc les arrêts intéressants à commenter sont abondants. Mais cela n'en rend pas

moins obsolète la seconde partie de la démonstration de Georges Vedel, qui reposait sur la croyance dans les qualités, dans les vertus, de la législation et du code (et l'on retrouve d'ailleurs cette mystique du code dans l'idée toujours actuelle du « rayonnement de la codification » notamment décrit par M. Franc, *AJDA* 2004, p. 1841²). Nourri à la lecture du code Napoléon, le juriste classique ne pouvait qu'être en admiration devant la forme du texte (sinon toujours sur son fond). Tel n'est plus le cas, et ce pour des motifs connus de tous et parfaitement énoncés dans les considérations générales du rapport public du Conseil d'Etat pour 1991 (*De la sécurité juridique*, EDCE, n° 43, p. 15) : « prolifération des textes » (même si une certaine prudence s'impose dans l'évaluation du phénomène comme a pu le montrer E. Grass, *L'inflation législative a-t-elle un sens ?*, RD publ. 2003, p. 139) ; « instabilité des règles » ; « dégradation de la norme » consistant « dans le développement des textes d'affichage, un droit mou, un droit flou, un droit à l'état « gazeux » (la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi déposée au mois d'octobre par Jean-Louis Debré sonne comme un aveu : il y est prévu d'insérer dans l'article 34 de la Constitution l'affirmation suivant laquelle la loi « est par nature de portée normative » !).

La loi est aujourd'hui essentiellement un acte d'affichage politique, une opération de communication. Ainsi, l'on aurait parfaitement pu arriver à un résultat proche (et même probablement plus important) de celui obtenu par l'ordonnance du 17 juin 2004 en se dispensant d'opérer une réforme aussi lourde. Comme l'ont par exemple souligné Pierre Delvolvé (*Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique*, RD imm. 2003, p. 481³) et Yves Gaudemet (*Les contrats de partenariat public-privé : étude historique et critique*, BJDPC 2004, p. 331), il aurait suffi de quelques dispositions législatives (notamment pour amender la loi maîtrise d'ouvrage publique [MOP] et étendre et aménager les lois du 5 janvier 1988 et du 25 juillet 1994) et réglementaires (afin de permettre des exceptions aux principes posés par les articles 10 et 94 du code des marchés publics version 2001) pour y parvenir. Mais pour des raisons « purement » politiques, les pouvoirs publics ont opté pour une réforme prétendument plus ambitieuse.