

PAGES DE DOCTRINE



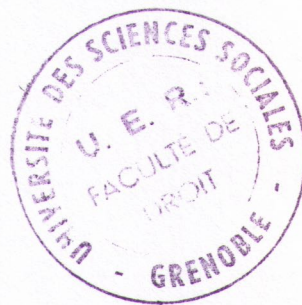
André de LAUBADÈRE

André MATHIOT

Jean RIVERO

Georges VEDEL

L. G. D. J.
1980



1951

Jean RIVERO

Apologie pour les « faiseurs de systèmes »

L'histoire des rapports entre Jurisprudence et Doctrine dans le domaine du droit administratif reste à faire ; il semble bien, pourtant, qu'elle révélerait, dans l'ensemble, plus de cordialité que n'en rencontrerait une étude symétrique pour le droit privé. La Doctrine, en droit civil, forte d'une longue tradition intellectuelle, put parfois, au XIX^e siècle surtout, opposer avec quelque hauteur sa vérité à la vérité du juge ; en droit administratif, dès le moment où elle conçut sa tâche sous un angle plus large que le simple commentaire des lois et règlements, la Doctrine s'est mise à l'école du juge ; le juge, ici, c'était le Conseil d'Etat ; la Doctrine a subi son prestige ; il n'est pas injuste de dire qu'elle y a ajouté, et qu'il y eut peu d'épines mêlées aux fleurs des couronnes qu'elle lui tressa. Mais, en sens inverse, le Conseil n'a point ignoré la Doctrine ; pour ne citer que les cas les plus saillants, on retrouve, à l'origine des conclusions fameuses de M. Romieu dans l'affaire *Terrier* (1), la pensée du Doyen Hauriou dans sa brochure sur *La gestion administrative*, et la pensée de M. Jèze a inspiré maint commissaire du Gouvernement (2). Sans doute la Jurisprudence demeurerait-elle concise dans les considérants de ses arrêts, ennemie des explications et des généralisations qu'elle réservait à ses commissaires du Gouvernement, plus sensible aux nécessités concrètes de la vie administrative qu'à la rigueur logique. Entre elle et la Doctrine, pourtant, il ne semble pas qu'il y eût de malentendu fondamental. De part et d'autre, on s'accordait sur les bases d'une collaboration jugée nécessaire : au juge de dire le Droit à travers les cas d'espèce ; au commentateur de systématiser des solutions particulières, de les coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible. Dans une discipline touffue, neuve, mouvante, et qui, pourtant, devait être rendue accessible au commun des citoyens, puisqu'elle mettait en jeu leurs rapports avec le pouvoir, l'effort pour systématiser, c'est-à-dire pour ramener à des lignes simples le chaos des espèces, répondait à une nécessité.

* Dalloz, 1951, chronique XXIII, p. 99-102.

(1) Conseil d'Etat, 6 février 1903, concl. Romieu, D. P. 1904. 3. 65.

(2) Cf. par exemple les conclusions de M. Corneille dans l'affaire *Astruc*, Conseil d'Etat, 7 avril 1916, *Rev. dr. publ.*, 1916, p. 363.

Or, voici qu'au sein de la Haute Assemblée, une voix autorisée, et qui ne semble pas isolée, s'est élevée récemment pour railler « les faiseurs de systèmes » (3) et pour opposer, à l'élaboration des « notions » qui assurent « la tranquillité des professeurs », une méthode soucieuse des seules « réalités concrètes », renonçant à toute recherche sur « l'essence des institutions » pour s'attacher seulement aux actes qui manifestent « leur existence sociale » (4). Le Palais-Royal semble se détourner de la Montagne Sainte-Geneviève, hantée de fantômes aristotéliens, pour nouer avec le quartier Saint-Germain-des-Prés, sous le signe de l'existentialisme juridique, un flirt imprévu.

Or, le débat est grave ; les « faiseurs de systèmes » sont trop conscients du rôle capital que joue, dans l'élaboration et la régulation de notre droit administratif, le Conseil d'Etat, pour ne point attacher à tout ce qui émane de la Haute Assemblée une importance primordiale. Il serait à peine excessif de dire que l'édifice du droit administratif, c'est-à-dire l'ensemble des solutions données en France au problème des rapports de l'homme avec le Pouvoir en tant qu'il intervient dans sa vie quotidienne, repose, pour l'essentiel, sur la tradition intellectuelle et sur l'éthique du grand corps qui l'a construit. Est-ce une force, est-ce une faiblesse ? C'est, en tout cas, un fait. Et c'est pourquoi, en présence des critiques qui mettent en cause l'essentiel de son rôle traditionnel, la Doctrine, dès lors qu'elles lui viennent de membres éminents de notre haut Tribunal administratif, ne peut pas, laissant de côté tout amour-propre, ne pas faire un retour sur elle-même, et se soumettre à l'austère discipline de l'examen de conscience.

Faut-il l'avouer ? L'examen de conscience n'a point engendré la contrition, mais, tout à l'opposé, le ferme propos de persévérer dans la voie traditionnelle. Que les « systèmes » soient indispensables au droit administratif, qu'en fait, d'ailleurs, les contempteurs des « systèmes » tombent eux-mêmes sous la condamnation qu'ils portent, et apparaissent comme des « faiseurs de systèmes », parce qu'ils sont de remarquables juristes, et que tout juriste est faiseur de systèmes, c'est ce que l'on voudrait tenter de démontrer ici.

— I —

Pour ne point risquer de faire porter la défense à faux, il convient tout d'abord de préciser exactement le terrain sur lequel semble se situer la critique.

La systématisation, en droit, se rencontre à plusieurs plans. Au degré supérieur, elle produit les grandes synthèses qui s'efforcent de donner, du phénomène juridique, une explication totale : ainsi de la

(3) Cf. les conclusions de M. Chenot dans l'affaire *Gicquel* (Conseil d'Etat, 10 février 1950, *Rec. Cons. d'Et.*, p. 100).

(4) Chenot, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat », *Etudes et Documents*, 1950, p. 77.

construction kelsénienne, ou du positivisme juridique. A un plan plus humble, le « faiseur de systèmes », remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux ; dans cet effort encore, il y a des degrés, selon qu'il s'attache à un domaine plus ou moins vaste ; l'essai d'un Hauriou ou d'un Jèze systématisant, autour des notions de puissance publique ou de service public, l'ensemble des règles du droit administratif, se situe évidemment à un autre plan que celui de l'auteur qui s'efforce de dégager, à partir des espèces, une notion précise du contrat administratif ou de l'établissement public.

C'est dans ce dernier aspect — le plus modeste, et, pense-t-on, le plus nécessaire —, que l'esprit de système se voit aujourd'hui critiqué. Tenter de définir *le* contrat administratif, ou *le* service public, ce serait perdre de vue la réalité, qui ne connaît que *des* contrats administratifs, *des* services publics, des situations concrètes, toutes différentes ; ce serait s'efforcer d'atteindre à un monde de formes existant en soi, se mouvoir dans un univers d'Idées et de Notions sans rapport avec l'univers où l'homme vit et agit ; ce serait opter pour l'essence, contre l'existence. Or, « le juge est ennemi de la chose en soi. Il ne cherche pas à connaître l'essence des institutions pour en classer les diverses variétés dans un herbier » ; ainsi peut-il « suivre l'évolution des faits économiques et sociaux », et demeurer fidèle « aux réalités concrètes » (4). Dès lors, l'effort de la Doctrine pour synthétiser les solutions qu'il donne dans chaque cas est vain, et quelque peu dérisoire ; lorsqu'elle tente, par exemple, de donner une définition de l'intérêt requis pour former le recours pour excès de pouvoir, elle trahit l'esprit d'une jurisprudence « diverse..., plus ou moins accueillante... » (5), et qui ouvre ou ferme le prétoire au vu des seules circonstances de l'espèce.

Telle est l'attaque. La défense voudrait citer, tout d'abord, comme témoins à décharge, quelques-uns des hommes dont l'autorité demeure entière au sein de la Haute Assemblée. Car la Doctrine, en droit administratif, c'est le Conseil d'Etat lui-même qui l'a fondée, dans une très large mesure. Faut-il évoquer Laferrière ? Qu'a-t-il fait, sinon réduire en système des solutions d'espèce ? Incompétence, vice de forme, violation de la loi, détournement de pouvoir, ces « catégories », dans lesquelles s'analyse l'excès de pouvoir, pour ne citer que celles-là, sont nées au sein du Conseil ; la volonté de systématiser autour de quelques grandes notions simples une matière complexe et confuse, éclate à chaque page au *Traité de la juridiction administrative*. Elle éclate aussi dans les grandes conclusions de M. le Président Romieu : qu'on relise, pour s'en convaincre, les formules classiques par lesquelles, sous l'arrêt *Terrier*, il fondait sur « le service public » la compétence administrative. Tout le droit jurisprudentiel s'est fait par ces systématisations successives, « toujours recommencées » comme

(5) Conclusions précitées de M. Chenot, dans l'affaire *Gicquel*.

la mer valéryenne, dont tant de commissaires du Gouvernement ont, tour à tour, dégage les formules.

Il n'en pouvait être autrement, pour des raisons qui tiennent à la définition même du Droit, et à sa fonction. Quelle que soit la définition que l'on choisisse pour la règle de droit, on retiendra comme un de ses traits constants la généralité. La règle ne peut régir les espèces qu'en les réunissant dans le cadre d'une catégorie ; tous les fonctionnaires accomplissent des tâches différentes dans des lieux divers, avec des états d'âme singuliers. La loi qui les régit ignore ce qui fait, de chacun d'eux, « le plus irremplaçable des êtres » ; elle les réunit sous un schéma abstrait, qui ne retient que les traits communs à la situation de chacun d'eux ; elle élabore, de ces traits juxtaposés, l'image du Fonctionnaire ; et c'est cette image, ou plutôt cette notion, qui seule lui permet de régir les situations particulières de tous les fonctionnaires.

Parce que la règle de droit est générale, et ne peut pas ne pas l'être, il faut bien qu'elle soit abstraite ; il faut qu'elle recherche *le* contrat sous *les* contrats, qu'elle définisse *le* détournement de pouvoir pour être sûre de frapper les mille manières qu'a l'Administration d'oublier la fin qui lui est assignée. Qu'il y ait, dans ce passage inévitable du concret à l'abstrait, des risques, Gény l'a dit, et Duguit ; la tentation du juriste est de considérer les notions auxquelles il aboutit, non comme l'expression momentanée de solutions appelées à se modifier, mais comme des réalités objectives douées d'une vie propre ; mais, s'il lui appartient de se tenir en garde contre ces risques, il n'est pas en son pouvoir de les refuser : car ils sont inhérents à la nature de la règle de droit.

C'est que le Droit — on s'excuse de rappeler ces évidences, après celles qui précèdent — a, dans la vie sociale, une fonction à remplir. Fonction de stabilité, fonction de sécurité. L'individu ne se sent protégé par le Droit que lorsqu'il peut prévoir à l'avance quelle règle régira la situation dans laquelle il envisage de se placer. C'est pourquoi il a, des siècles durant, lutté pour faire sortir du secret des Temples la Règle qui le condamnait sans qu'elle lui eût été révélée. C'est pourquoi il s'est détourné du règne du Juge, préférant la sécurité de la règle à un arbitraire qui, si excellentes qu'en pussent être les manifestations lorsque le juge était sage, présentait le risque minimum de tous les arbitraires : l'imprévisibilité.

L'homme a besoin de connaître la règle ; il ne peut, d'ailleurs, la respecter qu'à ce prix. Encore faut-il que la règle soit connaissable. Ceci implique une certaine précision, et une certaine permanence. Ce sont là des vertus qui ne sont nullement incompatibles avec une élaboration jurisprudentielle ; elles ne s'opposent pas davantage aux impératifs auxquels est soumise, de par son objet, la règle administrative ; « règles... qui varient suivant les besoins du service », sans doute, et la souplesse de la règle, la part de pouvoir discrétionnaire qui subsiste pour l'Administration dans l'application de la directive, doivent être respectées ; mais pour qu'une règle soit souple, il faut

d'abord c
dosant et
concrètes
tialisme à
sur la toi
contre, l'i
l'ambianc
moins, de
ne perm
l'apprécia
ment con
chemin o
l'ésotéris
des prof
tranquill
de la vie
la possib
effets de
liberté q
conséque
Kafka, il
non plus
connaiss
lui, qui r

Auss
Droit so
l'arrêt G
prises, e
requéran
décret ?
C'est la
la trame
jurispru
cela n'e
proposer
déré con
catégori
nance à
recevabi
donne a
moment

(6) An
(7) Co
M. Chen

d'abord qu'elle soit règle. Un juge « ennemi de la chose en soi », dosant et nuancant, selon l'appréciation qu'il ferait « des circonstances concrètes », les éléments de sa solution, glisserait vite de l'existentialisme à l'impressionnisme ; or, s'il est attachant de retrouver, fixée sur la toile, la vision subjective qui fut celle d'un grand peintre, par contre, l'impressionnisme juridique, le jugement rendu au seul vu de l'ambiance d'une affaire, aboutissent à la mort du Droit. A tout le moins, des formules ondoyantes et chatoyantes à l'excès, où la nuance ne permettrait plus de discerner la couleur, où la part laissée à l'appréciation subjective du juge étoufferait la part de « l'objectivement connaissable » par l'assujetti, feraient reprendre au Droit le chemin des sanctuaires et le ramèneraient à sa forme première : l'ésotérisme aristocratique. S'il existe un lien entre « la tranquillité des professeurs » et « la stabilité des catégories juridiques » (6), la tranquillité des professeurs devient l'un des biens les plus précieux de la vie en société ; car la stabilité des catégories juridiques, c'est la possibilité, pour l'homme, de connaître la règle et de prévoir les effets de ses actes, donc d'entreprendre dans l'ordre, et d'exercer une liberté qui n'existe plus dès que celui qui prétend en user ignore les conséquences du geste qu'il pose. Dans l'univers du « Procès » de Kafka, il n'y a pour les professeurs aucune tranquillité, il n'y a pas non plus de catégories juridiques stables ; il n'y a point de règle connaissable, il n'y a que la pesée, sur l'homme, d'une loi ignorée de lui, qui n'est que le masque mystérieux du Pouvoir.

— II —

Aussi bien, les actuels contempteurs de la systématisation du Droit sont-ils pleinement conséquents avec leur doctrine ? On a cité l'arrêt *Gicquel* (7) ; le commissaire du Gouvernement se trouvait aux prises, en l'occurrence, avec une délicate question de recevabilité : le requérant avait-il un intérêt suffisant pour contester la légalité d'un décret ? Or, quelle est la méthode suivie pour trancher la question ? C'est la méthode classique de tous ceux dont les conclusions ont tissé la trame de notre droit administratif, c'est la systématisation de la jurisprudence. Qu'elle soit « fluide, subjective, presque arbitraire », cela n'empêche pas l'éminent commissaire du Gouvernement d'en proposer une synthèse aux termes de laquelle un requérant est considéré comme apte à former le recours, dès lors qu'il appartient à une catégorie d'intéressés définie avec une suffisante netteté. L'appartenance à une catégorie « nettement délimitée », voilà le critère de la recevabilité ; on peut le juger imprécis, et craindre que la formule ne donne au requérant éventuel qu'une sécurité bien incertaine au moment où il envisage de saisir le Conseil. Mais, au plan de la

(6) Article précité de M. Chenot.

(7) Conseil d'Etat, 10 février 1950 (*Rec. Cons. d'Et.*, p. 100, concl. de M. Chenot).

méthode juridique, c'est bien une systématisation qui est proposée ; on ne voit pas, d'ailleurs, comment il eût été possible de ne pas recourir à ce procédé, à moins de dire : « Sont admis à former le recours les individus que le juge déclare tels », ce qui semble difficilement acceptable.

Il n'en va pas autrement lorsque l'on tente, dans une perspective existentialiste, de définir le nouveau critère de la compétence administrative. Le remarquable article publié, sur ce sujet, dans *Etudes et Documents* (8), constate à juste titre le déclin de la notion de service public dans cette fonction capitale, et apporte un confirmateur particulièrement autorisé à la formule par laquelle on avait, dès 1946, cru pouvoir schématiser l'évolution en cours : « La compétence suit le fond » (9). Au juge administratif la connaissance des situations de droit public, au juge judiciaire l'application des règles du droit privé. Dans le même sens, l'auteur de l'article précité écrit : « Dans l'état actuel du droit, il n'est plus possible de dire que telle ou telle institution administrative est un service public. On peut seulement rechercher si telle ou telle catégorie d'actes juridiques ont été accomplis... sous l'empire de règles qui dérogent au droit commun ».

L'analyse est exacte ; mais on doute qu'elle soit, du point de vue de la méthode, autre chose qu'un système nouveau substitué au système ancien. Car enfin, pour dire si « tel litige concernant l'employé d'une Administration ressortit ou non au droit public », le juge, qui va chercher un critère de compétence dans le contenu même du statut de l'agent, est bien obligé de se référer à des « notions », à des « choses en soi » : les notions de « statut de droit public » et de « statut de droit privé » ; on reste à la surface des choses lorsqu'on prétend résoudre le problème par l'examen des seules « réalités concrètes » ; car cet examen ne peut emporter de conclusion juridique que parce qu'il est conduit à partir d'une notion abstraite, et aboutit à réintégrer dans la catégorie qui correspond à cette notion la situation particulière considérée. « Situation de droit public », « clause dérogatoire au droit commun » sur le terrain contractuel, tels sont les concepts nouveaux auxquels se réfère le juge pour trancher le problème de sa compétence. On avoue ne pas voir en quoi ces notions seraient plus concrètes, et, si l'on ose dire, moins notionnelles que la notion de service public. La vérité est que ce n'est pas la méthode qui a changé, mais l'objet dont elle se saisit : pour trancher le problème de sa compétence, le juge, à partir du début de ce siècle, s'est principalement attaché à la nature juridique de l'organisme en cause ; aujourd'hui, il pousse l'examen plus avant, et s'attache à la nature juridique de la situation dont il est saisi, opérant le partage des compétences, selon la formule de M. Odent, « d'après la nature juri-

(8) V. *supra*, p. 4, note 4.

(9) Cf. notre note sous un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 4 décembre 1945, *C^o Gén. Transatlantique C. Tournel* (*Rec. Sirey*, 1946, 2, 129).

dique pr
hier, c'e
et le me
nances
le juris
l'abstrac
soi », ca
juridiqu
demeure

Puis
« notion
comme
du jeu

C'es
lectuelle
nuances
manque
cité. Qu
l'hésitat
cette st
choses »
l'action
aggrave
mesure
Romieu
du just
adminis
accrue.
fondam
équitab
Qu'il ne
mation
constru
sociale
cation.
là, ses c
que la
des fait
doit de
par « le
de tenir

(10)
(11)

dique propre des questions soulevées » (10) ; mais, aujourd'hui comme hier, c'est toujours un problème de nature juridique qui est en jeu ; et le mot même de nature éveille, au plan philosophique, des résonances plus aristotéliennes que sartriennes. Qu'il le veuille ou non, le juriste n'échappe pas à la notion, parce qu'il est condamné à l'abstraction ; le juge ne peut se refuser à considérer « la chose en soi », car c'est à elle qu'il lui faut référer, pour en déterminer le statut juridique, la multiplicité des situations que lui propose la vie. Il demeure, même contre son gré, un « faiseur de systèmes ».

— III —

Puisqu'il ne peut pas ne l'être point, puisqu'un Droit privé de « notions » est proprement impensable, et apparaîtrait, au demeurant, comme socialement catastrophique, on souhaite qu'il accepte la règle du jeu en pleine conscience, et en pleine clarté.

C'est un fait : au droit administratif français, construction intellectuelle merveilleusement excitante pour l'esprit, avec son jeu de nuances et la subtilité de ses distinctions, il a toujours manqué, il manque aujourd'hui encore une vertu pratique éminente : la simplicité. Qu'il s'agisse des règles de compétence ou des règles de fond, l'hésitation est trop souvent la seule attitude offerte à l'assujetti. Que cette structure réponde, dans une large mesure, à « la nature des choses », qu'elle soit inhérente à une règle qui entend discipliner l'action du pouvoir, c'est un fait. Encore convient-il de ne pas en aggraver systématiquement les conséquences. C'est seulement dans la mesure où il demeurera fidèle à la tradition des Laferrière et des Romieu — à sa tradition — et où il aura perpétuellement ce souci du justiciable qui conduit à la clarté dans les formules, que le juge administratif pourra donner, au droit qu'il élabore, une efficience accrue. « Contrarier des théories générales, démentir des notions fondamentales » (11), que le juge le fasse, certes, lorsqu'un jugement équitable est à ce prix. Mais qu'il ne le fasse pas de gaité de cœur ! Qu'il ne soit pas trop sensible à la part de vérité que contient l'affirmation selon laquelle « l'évolution sociale commande souvent aux constructions de l'esprit et bien rarement les suit » (11) ! L'évolution sociale est un complexe de faits, privé en lui-même de toute signification. C'est l'esprit qui en dégage les divers sens possibles ; et, par là, ses constructions sont lourdes d'avenir. Le juriste se doit de croire que la règle dont il est le gardien n'est pas le simple enregistrement des faits, alors qu'elle a pour raison d'être de les discipliner ; il se doit de ne pas abandonner, à la première pointe offensive dirigée par « les faits » contre ses règles et ses notions, la ligne qu'il a mission de tenir, car rien n'est plus ambigu qu'un fait, et rien ne prête davan-

(10) Cons. d'Et., 14 juin 1946, *Soc. financière de l'Est* (Rec. Sirey, 1947, 3, 32).
(11) Cf. l'article précité de M. Chenot.

tage à l'incertitude que son interprétation. Qu'il y ait des évolutions nécessaires, c'est l'évidence. Que le système d'aujourd'hui soit appelé à céder quelque jour la place à une systématisation nouvelle, comment le nier ? Mais, encore une fois, la mission du Droit, la mission du juge, est avant tout de créer de la sécurité par la stabilité et la généralité de la règle. Puisse le Conseil d'Etat, dans son écrasant et magnifique labeur, ne point prêter, à la voix des sirènes existentialistes, une oreille trop attentive, et demeurer fidèle à la leçon plus austère des « faiseurs de systèmes », qui, dans son sein, ou en étroite communion de pensée avec lui, ont amorcé l'élaboration — qui reste à parfaire — de notre droit administratif.

1968

Ma
Cet
deux gr
branche
de leurs
de dist
concou
grandes
en mêm
Ma
leurs d
ne me
loin, po
considè
comme
qui les
Lon
qu'auta
différen
leur « r
Du
système
et mêm
dans le
Ha
tures e
« accep
Du
termes

* Annal
tome
(1) M
Léon D
1930, p.
(2) A
bution