

JPH1
1979/80
N° 31 *

**CONSEIL
D'ETAT**



1979-1980

études et documents

IMPRIMERIE NATIONALE — PARIS

N° 31

LE DROIT ADMINISTRATIF PEUT-IL ÊTRE INDÉFINIMENT JURISPRUDENTIEL ?

1. Sur le fait que le droit administratif est un droit jurisprudentiel, tout a été dit et l'on n'a pas l'intention de revenir sur cette constatation.

Il faut cependant en mesurer la portée : le caractère jurisprudentiel du droit administratif français ne tient pas à des facteurs quantitatifs, tels que par exemple la comparaison du nombre de litiges tranchés par application de textes législatifs et réglementaires et du nombre de litiges tranchés par application de règles issues de la jurisprudence. Outre qu'une telle comparaison soulèverait bien des difficultés, notamment du fait que, dans le même litige, le juge fait appel à l'une et à l'autre catégorie de règles, elle ne serait pas significative.

En effet, ce qui caractérise un droit « jurisprudentiel » par rapport à un droit « écrit » c'est une certaine structure. A cet égard la comparaison entre la structure du droit civil et la structure du droit administratif est frappante.

2. En droit civil, les règles fondamentales (par exemple les articles 544, 1134, 1382 à 1384) du code civil et d'ailleurs nombre de règles techniques mettant en œuvre les premières sont posées par le législateur. Le juge n'a certes pas dans l'application et surtout dans l'interprétation du droit législatif un rôle purement mécanique. L'interprétation constructive des textes peut conduire à donner à ceux-ci un sens et une portée qui n'étaient pas nécessairement ceux envisagés par le législateur, comme en témoigne l'histoire du droit de la responsabilité civile. Il se peut même que, par un rattachement plus ou moins artificiel à un texte ou simplement par voie d'autorité, le juge civil supplée à ce qui lui paraît être une lacune du droit écrit : l'action *de in rem verso* fondée sur l'enrichissement sans cause est une création prétorienne. Il n'en demeure pas moins que les lignes de force du droit civil ont été dessinées par le législateur et que par rapport à cette structure de base, le réseau des solutions jurisprudentielles se présente comme une structure secondaire dérivée de la première. Par rapport au droit législatif, le droit civil jurisprudentiel est soit déductif, soit supplétif.

3. La construction du droit administratif est à l'inverse. Les principes fondamentaux, qui nous livrent à la fois le droit administratif commun et sa signification générale, sont d'origine jurisprudentielle : le droit de la décision exécutoire, celui de la responsabilité, celui des contrats sont d'origine purement jurisprudentielle ou à peu près. Ceci ne veut pas dire que, dans ces matières, le droit législatif soit un désert. Bien au contraire, il lui arrive de pulluler. Ainsi en matière de responsabilité de la puissance publique, c'est par dizaines et peut-être davantage que l'on peut recenser les textes législatifs. Il ne demeure pas moins que ceux-ci règlent des cas particuliers, cependant que les règles applicables à la généralité des situations de responsabilité se trouvent dans la jurisprudence. La jurisprudence fournit le droit commun et la législation le droit d'exception.

Ceci est très sensible dans la pratique pédagogique. Là où le professeur de droit civil commence par citer un ou plusieurs articles du code civil, le professeur de droit administratif cite des arrêts du Tribunal des conflits ou du Conseil d'État. Pour un étudiant, la responsabilité civile, ce sont les articles 1382 et 1384; mais la responsabilité de la puissance publique, c'est pour lui l'arrêt Blanco et sa foisonnante descendance. Quand — enfin — le règlement des examens de la Faculté de droit de Paris permet aux candidats d'utiliser

les codes de droit privé, on s'aperçut que les étudiants qui devaient composer en droit administratif subiraient une discrimination injustifiée si, par une fausse analogie, on ne leur ouvrait que le seul « code administratif ». Il fallait leur donner aussi, sinon le Lebon, du moins un recueil des grands arrêts.

Entre un droit législatif et un droit jurisprudentiel il existe donc bien une différence de structure. Cette différence peut s'exprimer de façon imagée en transposant la parabole que René David avait imaginée pour rendre sensible la comparaison entre le droit privé français fondé sur les textes et le droit privé anglais fondé sur la *common-law* :

Si un législateur frappé de démence abrogeait en bloc — sans le remplacer — le code civil, il n'y aurait plus de droit civil. Mais si, non moins dément, il abrogeait en bloc les « lois administratives » (à l'exception du principe de séparation des autorités administratives et judiciaires), il y aurait encore un droit administratif, sûrement plus simple et peut-être plus cohérent puisque les principes jurisprudentiels classiques, enrichis au besoin de quelques créations, occuperaient aussitôt le « *vacuum juris* » ouvert par la disparition des lois particulières. Que les textes sur la responsabilité des dommages causés par les attroupements, par les accidents scolaires, par les travaux publics, etc., disparaissent et ces divers dommages ne cesseront pas d'être réparés car le réseau fondamental des règles du droit de la responsabilité n'aurait pas été touché. Et de même pour les autres domaines.

*
* *

4. Mais ce n'est pas la constatation banale du caractère jurisprudentiel du droit administratif qui forme l'objet de notre propos.

Nous voudrions nous placer à un autre point de vue et nous demander si ce caractère peut et doit être éternel ou, plus modestement, s'agissant d'affaires humaines, si l'on peut et si l'on doit en envisager l'atténuation dans un avenir qui ne soit pas trop éloigné. Notre formulation (« peut et doit ») est volontairement ambiguë, car on voudrait tout à la fois mesurer le possible et le désirable.

A cette fin, le plus simple nous paraît être de considérer d'abord les raisons qui, en général, ont motivé jusqu'ici une appréciation favorable du caractère jurisprudentiel du droit administratif, puis de rechercher si ces raisons persistent et si d'autres raisons de sens contraire ne viennent pas changer les données du problème.

5. Que le caractère jurisprudentiel du droit administratif soit très généralement regardé comme bienfaisant ou, si l'on préfère, positif, les témoignages français et étrangers en sont si nombreux qu'un recensement est inutile.

Presque aucun des auteurs que l'on pourrait citer n'omet de placer au premier rang des motifs de son opinion le fait qu'il n'est pas sûr que, sans le Conseil d'État, la France ait pu se donner un droit administratif. Si le juge n'avait pas eu la possibilité de créer lui-même ces structures fondamentales que l'on évoquait plus haut, le droit applicable à l'Administration aurait été fait pour partie de lois « administratives » organisant celle-ci ou réglant des problèmes particuliers (à l'instar des multiples lois sur les divers cas de responsabilité) et, pour une autre partie, de règles empruntées aux codes de droit privé, plus ou moins adaptées à l'institution et à l'action administratives. Ni le bon fonctionnement de l'Administration ni la situation des administrés n'eussent gagné à cet état de choses.

Ainsi, ce jugement favorable repose sur l'idée que notre droit administratif est, sinon le meilleur possible, du moins meilleur que s'il n'avait pas été élaboré par le juge administratif.

Pour faire bref — et bien que ce parti présente un certain arbitraire — l'on admettra, selon l'opinion courante, que la valeur d'un corps de règles juridiques destinées à régir la vie de l'Administration et les rapports de celle-ci avec les citoyens se mesure par les deux critères de l'efficacité de l'action administrative et de la garantie des droits, des libertés et des intérêts des administrés.

A la lumière de ces critères, on peut difficilement ne pas souscrire à l'opinion que l'on vient de résumer.

6. Sans doute est-il bien difficile de se livrer à l'« uchronie » qui, selon Miguel de Unamuno, est un art divinatoire tendant à déterminer ce qui se serait passé si ce qui s'est passé ne s'était pas passé. Effectivement, que serait-il advenu du droit administratif si le Tribunal des conflits (de qui émanent les arrêts Blanco et Pelletier) et le Conseil d'État avaient estimé que le droit privé législatif s'appliquait en principe aux institutions et aux rapports administratifs, quitte à ce que le législateur apporte le contingent de textes nécessaires pour corriger les inconvénients que comporte tout lit de Procuste? Nul ne peut répondre de manière scientifique à cette question, c'est évident. L'on peut, sans se heurter à une impossibilité logique, dépeindre aux couleurs de l'enfer ou du paradis les conséquences de l'hypothèse que l'on examine.

Pourtant, sur le terrain de la vraisemblance, c'est-à-dire de la probabilité, on peut énoncer quelques propositions assez solides.

La première est que l'application des codes de droit privé, particulièrement du code civil, aurait conduit à des résultats décevants sur le terrain administratif. Dans certains domaines, celui du contrôle de la légalité des décisions exécutoires, les codes n'auraient à peu près rien apporté. Dans d'autres domaines, celui de la responsabilité par exemple, ils auraient satisfait à certains besoins, mais le blocage serait apparu dans les directions les plus neuves : on pourrait imaginer que les articles 1382 à 1384 aient permis la réparation des préjudices causés par la faute de service ou la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service (quoique sur ce second point la notion de « préposition » offre moins de garanties aux victimes que la notion de « faute dépourvue de tout lien avec le service »). Dans le domaine de la responsabilité sans faute, l'article 1384, alinéa 1^{er}, aurait couvert nombre d'hypothèses de « risque », mais le fondement de la responsabilité sur l'égalité devant les charges publiques, si important pour l'équilibre entre les droits de la puissance publique et ceux du citoyen, serait, par définition, demeuré ignoré. La construction du contrat administratif sur la base de l'article 1134 du code civil aurait paradoxalement conduit à un écrasement des partenaires de l'Administration : celle-ci aurait certainement renforcé, dans la rédaction des conventions liant, les clauses de prérogatives. Or, ces prérogatives étant regardées comme purement contractuelles, et le contrat étant réputé juste par le respect de la seule volonté des parties, les droits exorbitants de l'un des contractants n'auraient pas été compensés par ces théories d'équilibre que l'on connaît bien : les sujétions imprévues, l'équation financière, l'imprévision. Et peut-être, plus généralement, comme ceci se constate dans la jurisprudence judiciaire en matière de responsabilité de la puissance publique jusqu'à l'arrêt *Giry*, l'inadaptation évidente de nombreux textes du droit civil aux besoins du droit administratif aurait conduit à considérer que le législateur n'avait pas entendu reconnaître de droits aux victimes.

Sans doute, peut-on penser que, devant une telle situation, les réactions de l'opinion publique auraient conduit le législateur à intervenir. C'est d'ailleurs ce qui s'est produit dans les temps où le juge administratif n'avait pas établi un droit de la responsabilité publique : toutes les lois spéciales qui jalonnent le XIX^e et le XX^e siècles répondent à une demande de l'opinion, depuis les textes du Directoire sur la responsabilité des communes en raison des « émeutes » jusqu'aux lois les plus récentes sur les accidents de vaccination ou de déminage, en passant par la réparation des dommages causés par les manœuvres et exercices de tir ou par les accidents scolaires... Mais cette juxtaposition de lois spéciales échappe à toute synthèse. En ce qui regarde le fondement de la responsabilité, le contenu et les limites du droit à réparation, la combinaison de la responsabilité personnelle de l'agent et de celle de l'Administration (sans parler des règles de compétence), non seulement il est impossible de découvrir une base commune, mais encore on ne peut même pas dégager un minimum de « types » cohérents de responsabilité. Seules les lois du hasard paraissent applicables à cet ensemble (1).

Après tout l'on pourrait penser que l'inélégance de ce chantier législatif est un défaut mineur, dès lors que chaque loi est adaptée au cas particulier qu'elle entend régir. Soit. Mais l'ensemble considéré est nécessairement lacunaire — et de large façon. Nous voici ramenés au rouet : dans l'hypothèse que l'on imagine, il ne resterait comme droit commun de la responsabilité que le droit civil, et l'on vient d'en voir les insuffisances en matière de responsabilité publique.

(1) Cf. C. Brechon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, L.G.D.J., 1974.

Pourtant, le législateur ne se serait-il pas alors préoccupé de forger lui-même ce droit commun et d'écrire pour l'Administration des textes généraux qui auraient été les pendants des articles 1382 à 1384 du code civil s'agissant de responsabilité ou de l'article 1134 s'agissant de contrats? Après tout, le code civil existe; pourquoi un « code administratif » — au sens symétrique du terme — n'aurait-il pas été mis en chantier?

7. La réponse à cette question est au cœur de notre propos. Livré à lui-même, si l'on peut dire, le législateur du XIX^e et de la première moitié du XX^e siècle n'aurait pu ni écrire un code administratif ni même poser quelques textes-clés.

Il lui aurait manqué la matière. La codification du droit civil, on le sait, a été à la fois rassemblement, choix et exclusion à partir de règles d'origine et de sens divers, mais déjà existantes. « Penser » le droit civil, ce n'était pas le créer. Mais une œuvre qui, sur le plan administratif, eût été le pendant du code civil aurait presque exigé une création *ex nihilo*.

Quant à une œuvre limitée à des « textes-clés », elle eût été prématurée et aurait nécessité d'incessantes retouches législatives. Imaginons une loi générale sur la responsabilité publique; ou encore une loi sur l'acte administratif unilatéral. Selon leur date ces textes eussent eu des contenus différents. Leur tenue à jour aurait exigé un effort législatif périodique. Or, si l'on peut compter sur le législateur pour régler des problèmes bien définis que l'actualité fait émerger, on est moins sûr de son zèle à remettre en cause des principes généraux dont l'obsolescence se produit progressivement de façon peu spectaculaire.

Donc, selon toute vraisemblance, la soumission de l'Administration au droit privé n'aurait été satisfaisante ni pour elle-même ni pour les citoyens, pas plus que la création d'un droit administratif cohérent par voie législative n'eût été possible.

8. Toujours sur le terrain des probabilités, on peut également penser qu'un droit administratif purement législatif aurait été victime de nombreuses « déstabilisations » dues aux secousses de notre vie politique.

Si notre droit administratif, par opposition à notre droit constitutionnel, a réalisé une évolution progressive et continue, c'est grâce à son caractère jurisprudentiel (1). Non seulement, par sa nature même, le juge administratif n'a pas, dans son domaine, cédé à des élans révolutionnaires successifs et de sens contraire, mais il a interprété les vicissitudes constitutionnelles susceptibles d'affecter les principes essentiels du droit administratif dans le sens le moins contraire à la continuité et à la stabilité.

On en a eu des exemples récents, soit à propos de la nature et de la fonction du Conseil supérieur de la magistrature sous le régime de 1958 comme sous celui de 1946, soit à propos de la soumission des règlements autonomes aux principes généraux du droit. Il n'est pas sûr que la première de ces résistances aux innovations constitutionnelles ait été justifiée. Mais c'est du bilan global qu'il s'agit et il est positif, ne serait-ce que parce que la durée et la continuité ont permis la cohérence et parce que, sur certains points (le contrôle des règlements en particulier) une interprétation des textes dans un sens trop novateur eût mis en péril le contrôle juridictionnel de l'administration et, partant, les droits des citoyens.

Si donc on ne peut apporter la preuve scientifique de ce qu'eût été un droit administratif construit depuis cent dix ans sur le droit législatif — code civil et lois « administratives » —, tout porte à penser que ce droit eût été moins réfléchi, moins cohérent, moins complet, à la fois moins continu et moins progressif et au total moins favorable par son contenu à la réalisation de son double objectif : le bon fonctionnement de l'administration; les droits, libertés et intérêts des administrés.

Le problème que nous nous posons, selon le titre même de cette étude, est de savoir si le droit administratif peut et doit être « indéfiniment » jurisprudentiel. Mais, pour y répondre, il faut partir d'une certitude : c'est que, s'il n'avait pas été si longtemps jurisprudentiel, il ne serait pas satisfaisant et même, en un sens, n'existerait pas. C'est la réussite dans le passé qui pose le problème pour l'avenir.

(1) Cf. G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et stabilité du droit administratif : le rôle du juge », *Mélanges Waline*, t. II, p. 778 et suiv.

9. Au nombre des mérites que l'on attache généralement à un droit jurisprudentiel, l'on met toujours au premier plan la « souplesse », la faculté « d'adaptation ». Mais l'on ajoute aussitôt que ces avantages sont compensés par un inconvénient qui est celui de la moindre prévisibilité des solutions et donc une certaine diminution de la sécurité juridique. Nous voudrions maintenant dire pour quelles raisons jusqu'à une époque récente les avantages ont été nettement plus importants que les inconvénients.

Tout d'abord, pour le droit administratif, ce n'est pas seulement en termes de souplesse ou d'adaptation mais en termes de créativité qu'il faut apprécier le rôle du juge. Sans doute, celui-ci a-t-il été amené le plus souvent, dans sa jurisprudence quotidienne, à adapter à de nouveaux domaines et à de nouvelles institutions les règles conçues avant leur naissance. La montée de l'administration économique, l'apparition de types d'organismes et de formes de gestion des services publics jusque-là inconnus, celle de nouvelles « polices » ont exigé cet effort. Mais ce qu'il y a de plus sensible, ce sont les conquêtes incessantes du juge administratif dans le contrôle des actes et dans l'élargissement de la responsabilité de la puissance publique.

C'est encore une occasion de supposer que, toujours vraisemblablement, cette œuvre a été conduite avec plus de bonheur par le juge qu'elle ne l'aurait été par le législateur. Outre que le seuil d'intensité de la « demande sociale » qui déclenche une réforme paraît plus élevé pour le second que pour le premier (comme le montre le développement plus rapide de la responsabilité sans faute dans la jurisprudence administrative que dans la législation), le juge peut procéder de manière moins provocante — plus insidieuse même — quand il s'agit d'innover. Pour ne prendre qu'un exemple entre autres, il est fréquent qu'une conquête nouvelle ait pour première étape une décision apparemment négative. A l'instar de ce que fit jadis la Cour suprême des États-Unis pour affirmer son droit au contrôle de constitutionnalité, le juge administratif commence par exemple, pour élargir son pouvoir de contrôle ou les droits des administrés, par donner raison, dans une espèce, à l'Administration, mais en affirmant des motifs de droit qui, lorsque les circonstances de fait qui en commandent l'application seront réalisés, conduiront à des solutions plus libérales que celles de l'état ancien du droit. Ainsi, la faculté de résistance de l'administration est affaiblie, le principe étant posé et déjà acquis dans un litige dont la solution n'exige pas qu'elle exécute une condamnation. On montrerait de même de quel précieux secours a été le silence pur et simple pour écarter d'anciens obstacles sur la voie du contrôle : la réduction progressive de la liste des actes de gouvernement s'est faite le plus souvent par des décisions dans lesquelles le Conseil d'État a simplement passé sous silence l'irrecevabilité pour incompétence qu'il opposait dans sa jurisprudence antérieure (1).

Dans de telles entreprises, le législateur aurait soulevé sans doute beaucoup plus de résistances de la part de l'administration si l'on en juge par le temps qu'il a fallu pour faire aboutir les textes les plus anodins sur la publication au *Journal officiel* des décisions d'annulation de certains actes ou sur la motivation des actes administratifs. C'est que poser une règle ouvertement générale, officiellement promise à un long avenir, dérangeant les habitudes ou les commodités, c'est ouvrir une bataille et l'on sait que l'administration est un rude jouteur. La méthode insinuante du juge, malgré ses apparents détours, est sur beaucoup de points plus efficace. Par le fait même du débat inséparable de l'élaboration du droit écrit, le législateur doit dompter la puissance publique. Dans la fausse singularité d'un arrêt de justice le Conseil d'État l'approuve.

10. Faut-il mettre au rang des mérites du droit jurisprudentiel le plaisir intellectuel qu'il procure. Délices ou poison ? On peut en débattre. Mais le fait est là. Nul doute que le juge et le commissaire du gouvernement ne l'éprouvent. Tenons-nous à l'expérience du professeur, qui nous est plus familière.

L'étude du droit législatif est moins exaltante que celle du droit jurisprudentiel. Le premier est en somme apporté de l'extérieur, et, malgré la consultation des travaux préparatoires, toutes ses raisons n'apparaissent pas claires ou cohérentes. Mais quoi ? tel il est, tel il faut s'en accommoder. Et si on le critique, c'est un peu vain exercice. Entre le droit jurisprudentiel et son interprète, il existe au contraire une sorte de complicité. Le dialogue de la jurisprudence et de la doctrine est entretien entre gens de métier et l'on sait, pour avoir lu Molière, que le maître de danse et le maître de musique, s'ils n'oublient pas leur concurrence, s'unissent contre le maître d'escrime. Approuver ou critiquer le législateur, c'est un peu se mêler de la politique d'un pays

(1) Cf. Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, L.G.D.J., 1972.

étranger. Approuver ou critiquer le juge, et plus encore collaborer avec lui dans un cheminement entrecroisé des pensées, c'est un exercice de politique intérieure et, comme tel, plus excitant. Peu de commentaires de lois nouvelles apportent à leurs auteurs le plaisir intellectuel que donne le commentaire d'arrêt. Qu'on nous passe la comparaison : une loi s'avale, un arrêt se savoure.

Les séductions du droit jurisprudentiel se retrouvent dans l'enseignement. L'exposé de l'organisation du département ou de la procédure d'expropriation semblent ennuyer également le maître et l'étudiant et, par la faute sans doute du premier, le second reproche : « Il n'y a qu'à retenir; il n'y a rien à comprendre. » Mais que, dans un cours de droit administratif, l'on en vienne à exposer comment un demi-siècle de jurisprudence a porté à la perfection la théorie des rapports triangulaires de l'Administration, de l'agent et de la victime dans le droit de la responsabilité ou comment, dans à peu près le même temps, le juge est venu de la reconnaissance des actes discrétionnaires au contrôle dit « minimum », et le ton du professeur se fait plus modulé, plus quêteur d'attention, j'allais dire plus enjôleur. Dans l'amphithéâtre, le silence est plus attentif; la plume court sur les cahiers de notes.

La belle chose qu'un arrêt! Il commence toujours par l'aventure d'un requérant qui en a tiré une célébrité relative mais solide. C'est la jeune Agnès Blanco et le malencontreux wagonnet; c'est la dame Lemonnier et l'imprudent tir aux canards; c'est le paisible cafetier Lecomte tué dans un western joué par les voleurs et les gendarmes; sans même remonter au brave brigadier Gugel qui reprochait à la grâce présidentielle de l'avoir soustrait à un trépas sans honte pour le livrer au déshonneur du bagne... Après la narration vient la réflexion : que voulait le requérant? Sur quoi se fondait-il? Quelles étaient les argumentations en présence? Qu'a décidé le Conseil d'État? Et comment? Et surtout pourquoi? Voilà le moment de joie: celui de l'analyse de l'arrêt. Il faut le lire, franchir les « sans qu'il soit besoin de... », écarter les corps étrangers que la malice des faits ou des procédures a introduits dans le problème essentiel; détacher le considérant déterminant, le relire, scruter l'implicite et parfois écouter le silence! Et comme l'*imperatoria brevitatis* du Conseil d'État ajoute à ces plaisirs délicats en ouvrant parfois au commentateur et à son auditoire celui de l'énigme! Mieux encore : en conclusion, le professeur pourra dire sur le ton convenable de modestie que, quelques années auparavant, il avait lui-même préconisé la solution que la Haute Assemblée vient de consacrer. Il s'en montre tout heureux et, à ce spectacle, les sourires des étudiants sont un peu faits de fierté partagée.

Ces bonheurs ont aussi leur pathologie. Se ruant à l'examen sur le « cas pratique » de nature jurisprudentielle de préférence à la dissertation, les étudiants s'indignent quand l'épreuve leur propose un commentaire de loi. « Ce n'est pas du droit administratif » s'exclament-ils. Il y a plus grave : dans la construction du cours, le professeur fait aux matières gouvernées par le droit législatif (l'organisation administrative notamment) une place chichement mesurée pour réserver au droit jurisprudentiel le meilleur du temps disponible. Et le péché est si répandu que bien peu d'entre nous pourraient jeter la première pierre. Surtout pas le signataire de ces lignes...

11. Délices ou poisons du droit jurisprudentiel? Est-il normal de mettre dans la balance des mérites et des démérites d'une discipline juridique, un plaisir réservé à des initiés et qui n'est pas nécessairement ressenti comme tel, bien au contraire, par l'homme de la rue, destinataire final de la règle de droit?

Voilà bien une transition sans artifice pour en venir à l'antistrophe qui — rappelons-le — n'a rien de commun avec la palinodie.

*
* *

12. On vient d'évoquer un droit pour initiés, un droit aristocratique. Faudrait-il donc s'alarmer de ce que ce droit jurisprudentiel dont on vient de vanter les vertus serait tout de même entaché du péché majeur : celui de n'être pas « démocratique »?

L'emploi de ce terme — l'un des moins précis de la langue contemporaine — est l'occasion de mettre un peu d'ordre dans nos idées.

On peut tout d'abord reprocher au droit jurisprudentiel d'être la source de règles de droit d'une force comparable à celle de la loi sans que la nation ou ses représentants aient été appelés à le consentir. Ce serait l'accusation majeure, celle qui frapperait le droit administratif d'illégitimité.

Elle ne nous paraît pas fondée. Pour justifier ce sujet, on n'entrera pas ici dans le très difficile examen de la nature du pouvoir normatif de la jurisprudence. On rappellera seulement pour mémoire qu'une ombreuse tradition représentative, qui a toujours des défenseurs de qualité, veut que le juge, chargé d'appliquer la loi, ne dispose pas d'un vrai pouvoir d'interprétation qui doit être réservé au législateur et que la création de règles de droit par le juge constitue une usurpation inacceptable.

Le problème ainsi posé est très intéressant. Mais il faut prendre les choses comme elles sont. La France a renoncé au référé législatif depuis bien longtemps et n'en reprend guère le chemin. Le juge obligé de statuer en dépit « du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi », et ce sous les peines de l'article 185 du Code pénal, est bien forcé non seulement d'interpréter la loi, mais, le cas échéant, de la suppléer. Qu'il obéisse à cette contrainte avec une certaine résignation — c'est parfois la tendance des tribunaux judiciaires — ou avec entrain — c'est celle du juge administratif — ne fait rien à l'affaire.

Le principe démocratique est-il violé? Il semble bien que non et ceci pour deux raisons.

La première est que ce pouvoir de la jurisprudence est accepté et pris en compte dans l'agencement général des institutions politiques et juridiques. Il ne fait pas violence à la société démocratique : « l'usurpateur » a non seulement été convié, mais on compte sur lui. D'ailleurs, le législateur peut d'un trait de plume (à condition de savoir s'exprimer) défaire n'importe quelle jurisprudence et il n'y a pas manqué en diverses occasions. Son contrôle sur le juge est même plus vigoureux que son contrôle sur l'autorité réglementaire car le juge n'a pas, s'agissant de la création de règles de droit, de domaine réservé.

En second lieu, le juge français — et particulièrement le juge administratif — ne s'est jamais posé en détenteur d'un droit naturel à lui révélé et qui prévaudrait contre les masses ou contre les puissances. Comme le montre le développement des principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative, la règle de droit qu'il énonce là où « le silence, l'obscurité ou l'insuffisance » du droit législatif l'y invitent est « découverte », ou mieux « accouchée » et non « inventée ». Elle a déjà émergé dans le droit législatif à propos de telle ou telle occasion particulière; ou encore elle est le complément logique de résultats déjà acquis; presque toujours elle traduit un besoin social plus ou moins clairement ressenti par les individus. On pourrait couvrir ceci des théories de Duguit sur la nature de la règle de droit ou, en termes de sociologie politique, parler de consensus. Peu importe. L'essentiel est que la règle de droit d'origine jurisprudentielle ne soit pas une manifestation d'impérialisme judiciaire. C'est d'ailleurs dans un sens très progressiste et, si l'on se permet ce jeu de mots, « démocratique » que s'est faite généralement la création des règles de droit par le juge administratif, souvent, bien que non toujours, en avance sur le législateur.

Acquittons donc — si ce pouvoir nous est donné — le droit administratif jurisprudentiel de l'accusation d'illégitimité.

13. C'est par rapport à un autre sens du mot « démocratique » qui ne met pas en cause la légitimité que ce droit jurisprudentiel n'est pas démocratique : c'est un droit secret.

Que l'on ne se récrie pas. J'entends bien que la juridiction administrative exerce son activité au grand jour; que les débats y sont contradictoires et publics; que les décisions sont non seulement publiées, mais éclairées par les conclusions des commissaires du gouvernement et par des commentaires qui, d'ailleurs, de plus en plus — sans doute pour éviter les faux sens de la doctrine — émanent de membres de la Haute Assemblée. Enfin, on ne constate pas une disette d'ouvrages de droit administratif. Droit secret? Mais alors un secret de Polichinelle!

Voire... Le malheur est, on le sait, qu'un droit jurisprudentiel n'est réellement connaissable que par des juristes. Littéralement, la règle de droit ne s'y lit directement nulle part. Elle n'existe que comme déchiffrage d'un message codé à plusieurs degrés : connaître les décisions, en dégager au-delà de la solution d'espèce

la signification normative, structurer ces données sur le plan historique, distinguer ce qui est répétition, développement, revirement, supputer l'avenir dans une opération mêlant la logique, la psychologie judiciaire et les lois du hasard, tout cela est affaire de professionnel et d'un assez haut niveau.

Or, quels sont ces professionnels, qui peuvent mettre leur science — ou leur art — à la disposition du public? Si l'on met à part, et pour cause, les membres du Conseil d'État et des tribunaux administratifs, il demeure soixante avocats au Conseil d'État, un nombre réduit d'avocats des divers barreaux, encore plus réduit de conseils juridiques spécialisés et les professeurs de droit administratif. J'allais oublier les fonctionnaires; mais nombre d'entre eux ne sont pas des juristes et leur mission n'est pas en général d'épouser la cause de contestataires éventuels de leurs décisions.

On me dira qu'il en va de même pour de nombreuses branches du droit. La propriété intellectuelle, le droit communautaire, le droit aérien et même une matière aussi populaire que le droit des loyers sont aussi affaires de spécialistes. La complication des lois ne le cède en rien à la complication de la jurisprudence. Dans une société développée tout droit est plus ou moins secret. Le vrai problème est qu'il soit accessible et ceci est affaire d'organisation : organisation des services publics de renseignements, organisation des professions juridiques et judiciaires.

A cela on pourrait répondre que l'étendue du secret n'est tout de même pas identique dans le cas du droit administratif et dans les autres cas. Ce qui en droit administratif est « secret », c'est, si l'on se rappelle ce qui a été dit plus haut, l'article 544, l'article 1382, l'article 1384, l'article 1134 du code civil. C'est tout de même plus grave que l'opacité du droit des brevets.

14. Il faut même aller plus loin. Songeons que, nulle part, le citoyen, le secrétaire de mairie rurale, l'élu local, le petit fonctionnaire ne peuvent lire directement sans décodage les principes ou les règles qui forment les structures de base du droit administratif. La lecture du code civil peut tout de même, en beaucoup d'endroits, se faire sans médiateur. On me dira que celle du « code administratif » n'est quelquefois pas plus difficile. Peut-être, mais justement, ce que le lecteur trouvera dans le code administratif, ce n'est pas l'essentiel du droit administratif — alors que l'essentiel du droit civil est dans le code civil.

Nous nous sommes permis, en annexe à cet article, de fournir matière à diverses réflexions. Il s'agit de la loi monégasque du 26 mai 1976 sur la responsabilité civile des agents publics. Visiblement, le législateur monégasque a voulu, en ce qui concerne les rapports triangulaires victime-administration-agent, calquer ses solutions sur celles de notre droit, c'est-à-dire sur la jurisprudence du Conseil d'État français. Ce n'est donc pas le contenu du droit qui fait l'intérêt du texte, c'est le mode selon lequel il est formulé.

On constate tout d'abord que, malgré un préjugé sans fondement, il est possible en huit articles de texte d'énoncer directement et simplement un ensemble tout de même assez riche de règles de droit.

A titre d'exercice, on voudrait faire une lecture parallèle des *mêmes règles de droit* par un lecteur français et par un lecteur monégasque. L'un et l'autre peuvent être un fonctionnaire inquiet des conséquences d'une imprudence, un chef de service qui s'interroge sur le point de savoir s'il peut ou doit la couvrir, ou tout simplement une victime...

a. *Dans quel cas l'agent public doit-il répondre personnellement des conséquences de son acte ?*

Le lecteur français disposera, s'il sait la trouver, d'une réponse fournie par l'article 11 de l'ordonnance du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires. Le lecteur monégasque disposera des articles 1^{er} et 2 de la loi.

Mais alors que la réponse faite au second est complète malgré sa brièveté, le lecteur français devra d'abord interpréter le texte de l'article 11 qui traite du sujet par la bande, le compléter par la connaissance des arrêts ayant mis le principe qu'il énonce au rang de principe général du droit. D'autre part, même s'il a été assez subtil pour comprendre la portée de l'article 11 de la loi, il se demandera comment ses dispositions écrites pour régler la responsabilité des agents en cas de dommages à des tiers doivent se lire si le dommage a été causé directement à l'Administration.

b. *Qu'est-ce qu'une faute personnelle ?*

Le lecteur monégasque reçoit, en termes non obscurs, la réponse à cette question. Le lecteur français, pour acquérir une connaissance équivalente, doit avoir su trouver et savoir lire un assez grand nombre d'arrêts du Conseil d'État, du Tribunal des conflits et de la Cour de cassation.

Ici une observation très importante et qui vaut pour la suite de notre exemple. Bien entendu, il ne faut pas tricher. En possession de l'article 3 de la loi, le lecteur monégasque sera incapable de trancher avec certitude nombre de cas-frontières bien connus du droit français : le policier qui, en dehors du service, mais avec son arme de service, blesse volontairement ou involontairement quelqu'un commet-il une faute « dépourvue de tout lien avec le service »?; le degré de gravité de la faute pouvant lui conférer le caractère personnel est-il le même pour la faute commise dans une activité juridique et celle commise dans une activité matérielle? etc. Sur tous ces points, le lecteur monégasque fera bien de se reporter à la jurisprudence.

Alors dira-t-on où est la différence? Dans un cas — le cas français — l'usager va directement à la jurisprudence; dans le cas monégasque, il commence par lire un texte législatif, après quoi il se plonge dans les arrêts. A tout prendre, c'est le second qui est brimé, car il a perdu du temps.

Naturellement, ce n'est pas de cela qu'il s'agit. En effet, cette égalité dans l'usage du droit jurisprudentiel n'existe que dans les cas difficiles. Le plus souvent, l'application de l'article 3 se fera directement par simple lecture. En tout cas, avant même d'avoir commencé à s'interroger sur la jurisprudence, l'usager monégasque saura de quoi il s'agit. Tandis que l'usager français, même si son problème est simple, devra, *de toutes façons*, se faire lecteur de la jurisprudence ou des traités l'exposant.

c. *Quelles sont les actions dont dispose le tiers victime d'un dommage causé par un agent public ayant commis une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service ?*

En toute bonne foi, il faut reconnaître que l'article 4 de la loi décode en trois paragraphes le message des arrêts Anguet, Lemonnier et autres et qu'un lecteur d'intelligence moyenne en apprend autant — sur le terrain pratique — qu'un bon étudiant de seconde année après une heure de cours sur la question et davantage qu'un non-juriste essayant de lire directement les arrêts.

d. *Comment se répartit entre l'administration et l'agent la dette de responsabilité ?*

L'article 5 de la loi monégasque n'est que la traduction en langage législatif des arrêts Laruelle, Delville et autres (avec, il est vrai, par rapport à la jurisprudence française, une inflexion quant au critère de la répartition de la dette, le législateur monégasque ayant préféré sur ce point la part respective prise dans la production du dommage par la faute personnelle et par la faute de service au critère jurisprudentiel de la gravité respective des fautes). Ici encore, il n'y a plus de droit secret pour un lecteur moyen. Il faut bien admettre que, pour un lecteur français de même force intellectuelle, le secret n'aurait pu être levé que par des moyens assez puissants, soit en temps, soit en argent.

On arrêtera ici ce parallèle qui ne peut être poursuivi, car les articles suivants ne se comprennent que compte tenu du fait qu'en droit monégasque, sauf en certaines hypothèses, les actions indemnitaires contre l'État et les personnes publiques relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire.

Il est tout de même évident que le texte législatif ouvre à l'honnête homme non la connaissance exhaustive du droit sur la matière traitée, mais une connaissance suffisamment avancée pour la plupart des besoins pratiques. Une connaissance *de niveau équivalent* du même contenu normatif résultant d'une formulation jurisprudentielle n'est pas accessible en France, sans des secours professionnels. S'il ne s'agit pas d'un droit secret, il s'agit au moins d'un droit médiatisé à deux ou trois degrés (le donné brut jurisprudentiel, les conclusions ou commentaires, les manuels ou traités).

Pour ceux qui en douteraient, nous les invitons à un exercice qui nous a découragé : dresser simplement la liste des références de jurisprudence et de doctrine pouvant procurer à l'usager français que l'on vient d'évoquer une connaissance de même niveau que celle que procure la lecture des quarante-cinq lignes qui forment les articles 1^{er} à 5 de la loi monégasque.

15. Fort bien. Mais, à supposer que la mise en forme du texte législatif que l'on vient d'évoquer ait les mérites qu'on lui prête, n'est-il pas vrai qu'elle n'a été possible, on vient de le dire, que parce qu'elle a codifié un acquis jurisprudentiel? Plaisante manière de raisonner que de condamner le droit jurisprudentiel au nom des fruits qu'il a portés. A quoi se juge donc l'arbre?

C'est une nouvelle occasion de répéter ce que nous voulons dire. C'est même une occasion excellente. Il ne s'agit pas de porter sur le droit administratif jurisprudentiel un regard *sub specie aeternitatis*, mais de se demander à quel moment, enfant prodige, il doit s'habiller en adulte. Ou, plus révérencieusement, de savoir dans quel temps, après une longue patience, doit s'en opérer la moisson pour que la loi recueille « ... cette pluie où l'on se jette à genoux ».

16. Le péril des cueillaisons tardives est que le classique se change en baroque. Non que le baroque n'ait ses charmes, mais il ne réussit pas aussi bien à marier le beau et l'utile.

Pour qui analyse sans préjugé la jurisprudence administrative depuis une dizaine d'années, deux lignes d'évolution sont apparentes : l'une trace une route de fusée droite et longue, l'autre une arabesque, jolie et un peu vaine.

La première correspond essentiellement à l'extension du contrôle du juge de l'excès de pouvoir et l'on peut se dispenser de développer ce point. Il suffit d'évoquer d'une part le perfectionnement des techniques employées par le juge (contrôle minimum, généralisation du domaine de l'erreur manifeste; bilan coût-avantages, etc...) et d'autre part les matières dans lesquelles le déploiement de ces techniques a réduit à l'extrême le pouvoir discrétionnaire : police des étrangers, fonction publique, urbanisme, expropriation, contrôle des licenciements, etc... Il s'agit, dans la logique même du mouvement qui porte le droit administratif depuis plus d'un siècle, du perfectionnement de l'État de droit. La description détaillée des apports jurisprudentiels sur cette ligne peut donner l'impression superficielle d'un accroissement de complication. En fait, l'impression ne concerne que le *nombre* des espèces; mais quant à la *cohérence de l'ensemble* du système, celle-ci est renforcée; du point de vue de l'intelligibilité et de l'efficacité pratique, il y a simplification.

Mais il est d'autres secteurs jurisprudentiels où l'évolution se fait par des arabesques dont l'intérêt intellectuel ne compense pas toujours le double inconvénient de la complication et de l'insécurité. C'est dans le domaine de la répartition des compétences juridictionnelles que nombre de ces arabesques ont été dessinées. Les domaines qui ont été le plus affectés concernent notamment la matière des services publics industriels et commerciaux, tant en ce qui concerne leur identification que les règles de compétence pour les litiges concernant les usagers ou le personnel (avec les conséquences que ceci entraîne), celle des marchés de travaux passés par des concessionnaires où les règles de droit applicables s'énoncent en principe, exception, exceptions à l'exception et peut-être au-delà. Il n'est pas sûr que l'altération d'une construction d'ensemble cohérente et qui avait atteint un certain classicisme fût absolument nécessaire. Dans ces matières, le péché mignon de la jurisprudence paraît être, comme le montre la ruine du système tout de même assez pratique et intelligible des « blocs de compétence », de procéder « au coup par coup » et de se décider sur des analyses quintessenciées dans leur teneur et impressionnistes dans leurs conclusions. Encore s'il s'agissait seulement des effets de ces variations sur la détermination du juge compétent, le mal serait réduit à des lenteurs de procédure. Mais évidemment, le fond du droit est profondément affecté dans certains cas, notamment quand il s'agit des filiations et des désaveux enchaînés à la jurisprudence Peyrot. L'on pourrait relever aussi des variations subtiles et un peu gratuites dans d'autres domaines, celui de la responsabilité par exemple.

Ce n'est certes pas le laisser-aller qui fait que, dans certains secteurs, le baroque remplace quelquefois le classique. Bien au contraire, cette évolution doit beaucoup à l'amour du bel ouvrage et au désir de progrès; le perfectionnisme n'est jamais œuvre d'indolence. Pour s'en tenir à ce qu'il y a de plus visible

dans la psychologie professionnelle du juge administratif, les conclusions des commissaires du Gouvernement, il est clair que la génération présente n'est pas moins riche en talents que ses devancières. Mais si, comme on l'a noté, l'œuvre jurisprudentielle des pères ou des frères aînés a laissé dans de larges zones un champ encore libre, si de nouveaux domaines sont apparus, il est des espaces déjà très construits et ce sont souvent ceux des principes de base. Laferrière, Romieu, Corneille, Léon Blum, pour ne nommer que de grands anciens, ont une descendance à leur mesure. Mais là où, jadis et encore naguère, s'offraient des espaces libres, les constructions jurisprudentielles ont peuplé le paysage. Faut-il se contenter de les habiter ? Y ajouter une aile, retoucher une façade, introduire quelques inflexions dans un dessin trop connu, quelle belle tentation ! et d'autant plus pressante que celui qu'elle assaille est esprit de qualité et ne se satisfait pas de simplement démêler l'écheveau des réglementations administratives d'actualité. Et pourtant, il est un moment où Flaubert lui-même jugeait que la retouche devenait surcharge.

17. A ce point de notre propos une réflexion vient naturellement à l'esprit. Les inconvénients qui seraient attachés, selon notre analyse, à la persistance totale du caractère jurisprudentiel seraient-ils atténués ou aggravés par une entrée en force du droit législatif dans le domaine des constructions classiques ?

Les raisons de croire plutôt à l'aggravation ne sont pas minces. Passons sur le fait que le choix entre ce qui, étant achevé, peut être mis dans la loi écrite et ce qui, mûrissant encore, doit être laissé au juge n'est pas facile.

Il faudrait y ajouter que le législateur hélas ! manque quelquefois de lumières sur ce qu'est la jurisprudence et que, lorsqu'il croit la corriger ou l'améliorer, il manie, sans le vouloir, le pavé de l'ours. On pourrait citer des exemples passés, notamment les fausses manœuvres, dues à l'incompréhension de la jurisprudence, qui, en leur temps, accompagnèrent les corrections au régime de responsabilité des instituteurs publics.

Plus récemment, sur la base de la jurisprudence *Giry*, les tribunaux judiciaires, appliquant à la réparation des préjudices causés par le fonctionnement du service de la justice les principes de la responsabilité publique élaborés par le Conseil d'État, avaient commencé à mettre en place un corps de solutions protectrices du justiciable et faisant droit non seulement à l'idée de faute, mais à celle de l'égalité devant les charges publiques. La loi du 5 juillet 1972, intervenue dans l'intention louable de mettre un terme à un régime d'irresponsabilité supposé — que la transposition des principes de droit public avait renversé — aboutirait, si on voulait la prendre à la lettre, à restreindre aux seuls cas de faute lourde ou de déni de justice le droit à réparation des victimes, privées du droit d'invoquer la faute simple et la rupture de l'égalité devant les charges publiques.

Non moins louable était l'intention des auteurs de la loi du 11 juillet 1979, relative à la motivation des actes administratifs. Or, l'on commence à s'apercevoir que, faute sans doute d'avoir bien connu la jurisprudence nuancée sur les effets de la non-motivation des décisions implicites de rejet, lorsque la décision explicite doit être motivée, le législateur a adopté une solution exactement contraire au but qu'il voulait poursuivre : l'article 5 de la loi refuse d'attacher la sanction de l'illégalité à la non-motivation des décisions implicites de rejet et, dès lors, montre lui-même le chemin aux administrateurs qui veulent tourner la loi. Dans sa construction antérieure, le juge avait été moins simple certes, mais plus prudent et sans doute plus efficace (1).

Alors ? nous dira-t-on. A quoi servirait de remplacer cet artisan discret, habile et agissant qu'est le juge, par cet amateur, bien intentionné, mais parfois mal informé et maladroit qu'est le législateur ?

18. Peut-être, ce dialogue supposé est-il propre à nous mettre ou à nous remettre sur la voie. Il ne s'agit pas d'opposer en noir et blanc (où que l'on place l'un et l'autre) le droit jurisprudentiel et le droit législatif. Il s'agit de rechercher si et quand tel corps de règles du droit jurisprudentiel doit être consacré par la loi avec le triple objectif de le rendre largement accessible, d'en proclamer la non-précarité, et d'éviter les législations d'occasion qui introduisent l'incohérence dans l'ensemble, sans toujours réussir à régler les points particuliers qu'elles ont en vue.

(1) Cf. T. A., Versailles, 31 janvier 1980, Union locale C.G.T. du Chesnay, *A.J.D.A.*, 1980, p. 239, note R. Abraham.

En d'autres termes, c'est à une collaboration du juge et du législateur que nous pensons. Cette collaboration existe dans nombre de domaines et prend des formes bien connues, notamment celle des commissions préparatoires. Elle avait été amorcée à un moment pour préparer un texte sur la répartition des compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire, qui aurait mis quelques principes généraux au grand jour et aurait fait la « toilette » des textes de circonstance ayant, souvent pour des raisons contingentes aujourd'hui oubliées, dérogé à ces principes. Car tel devrait bien être le double but de tels travaux : substituer à la juxtaposition d'un droit jurisprudentiel bien construit mais peu accessible et d'un droit législatif accessible mais peu cohérent un ensemble à la fois accessible et unifié. Bien évidemment, il ne s'agit pas d'envisager une codification générale. Pas davantage de se borner à rassembler des textes épars. Mais on peut découper des domaines où la formulation en langage législatif de l'acquis jurisprudentiel paraît mûre et utile.

La mise en forme législative des principes de compétence, celle des règles essentielles de la procédure administrative non contentieuse (où le législateur est intervenu déjà en ordre dispersé), les principes fondamentaux en matière d'actes unilatéraux, de contrats, de responsabilité — avec au passage la remise en ordre des lois de circonstances ou de détail — tout cela ne pourrait être fait ni vite ni d'une seule haleine, mais devra bien finir par être fait.

Le droit administratif a été forgé par le juge administratif. Ce corps de règles, dans les domaines où il est fixé — on parle des normes essentielles — est, juridiquement et techniquement, de niveau législatif. Sa cohérence permet de définir d'assez vastes champs de codification, au sens propre du terme, aboutissant à des textes assez semblables aux « projets » par matières dont la réunion devait faire le code civil, étant seulement entendu que, pour le droit administratif, la seconde étape (la codification générale) est actuellement hors de vue. Œuvre d'explicitation de règles fondamentales peu accessibles au « public » dans le donné jurisprudentiel brut et ne supprimant d'ailleurs ni la portée ni la nécessité de la jurisprudence non codifiée qui doit interpréter et appliquer aux cas concrets les règles de base; œuvre de simplification par suppression ou alignement de nombreux textes spéciaux de caractère erratique; œuvre de « sécurisation » pour les non-spécialistes du droit administratif qui majorent toujours les risques de changement de jurisprudence; œuvre pédagogique à l'égard du législateur dont les interventions occasionnelles se font, trop souvent, comme on l'a montré, sans une vue suffisamment précise et suffisamment ferme de l'acquis jurisprudentiel : ce n'est peut-être pas un ensemble d'objectifs grandioses. Mais il s'agit de la qualité de la vie des justiciables — qui ne se confond pas avec celle des juristes.

*
* *

19. A un tel dessein deux objections — entre autres — s'opposent. La première est simple et sa réfutation ne l'est pas moins. Elle consiste à prétendre qu'un texte législatif ne saurait rendre compte de toute la richesse et de toute la subtilité d'une jurisprudence. Répétons sans nous lasser qu'il ne s'agit pas de mettre en forme de loi *toute* la jurisprudence, mais d'en extraire ce qui est l'essentiel. A partir de là on voit mal quelles difficultés spéciales on rencontrerait. Les commissaires du gouvernement dans leurs conclusions, les professeurs dans leurs cours, les auteurs dans leurs traités sont bien obligés de traduire une suite d'arrêts en propositions normatives. La rédaction en articles de loi ne représente qu'un degré de plus dans cette traduction. Qu'elle soit possible en termes précis, concis et fidèles, l'exemple déjà évoqué et faisant l'objet de notre annexe le prouve, comme le prouvaient les premiers essais de rédaction tentés au sein du groupe de travail que, voici quelques années, un Garde des Sceaux avait réuni, pour envisager une mise à jour et un début de codification des règles de compétence.

20. La seconde objection à une œuvre telle que celle pour laquelle nous plaidons est d'un autre poids. Elle fait valoir que la codification d'un droit jurisprudentiel lui ferme l'avenir. Le droit administratif, parce que jurisprudentiel, a souvent été loué pour sa souplesse et pour le bonheur avec lequel il s'était adapté aux muta-

tions de l'appareil administratif, de l'État et de la société. Une codification eût tué en germe ces transformations qui ont été dans l'ensemble favorables aux justiciables. Imaginons quel serait l'état de notre droit administratif si, dans tel ou tel secteur, ses principes avaient été codifiés en 1930, en 1945, voire en 1970.

Ce risque demande à être pesé et son évaluation doit conduire à ne pas figer ce qui est encore en voie de création.

Tout de même, il est permis de faire observer que la contre-partie de la souplesse d'un droit jurisprudentiel se trouve dans l'insécurité qu'elle engendre et qui n'est pas sans inconvénients pour le justiciable d'autant plus que, suivant une remarque souvent faite, la règle nouvelle en droit jurisprudentiel a nécessairement en fait un caractère rétroactif puisqu'elle s'applique à des espèces que les intéressés ont imaginé devoir être régies par la règle ancienne.

En second lieu, un droit législatif n'est pas un droit immobile et mieux vaut voir le législateur aborder le problème des réformes non, comme il l'a si souvent fait, par des corrections ou des ajouts bigarrés à une jurisprudence qu'il connaît parfois mal, mais par la remise en cause ou l'inflexion de principes clairement énoncés dans un texte qui porte déjà son sceau.

Enfin, dans le propos sur la nécessaire souplesse du droit, il y a une sous-estimation du droit jurisprudentiel. C'est en faire une construction précaire, sans cesse menacée, et pour tout dire écrite sur le sable.

Or, avec raison, le juge administratif ne croit pas cela et, au contraire, il ressent très vivement et avec justesse le caractère stable et normatif au plein sens du mot des règles qui résultent de la jurisprudence. Sinon comment, sur le terrain de la responsabilité, pourrait-il retenir comme une faute le fait de ne pas se conformer à la règle jurisprudentielle ?

Dans des conclusions récentes (1), M. le commissaire du gouvernement J.-F. Théry a rencontré le problème sous une forme nouvelle. Il s'agissait d'un de ces appels inlassablement formés par l'Administration contre des jugements de tribunaux administratifs appliquant des principes maintes fois affirmés par le Conseil d'État. De tels appels tendent en réalité, d'une part, à écœurer les justiciables se prévalant d'une jurisprudence claire et ferme, d'autre part à remettre perpétuellement en cause la règle de droit posée par le juge. Pour donner au département ministériel en cause un avertissement solennel, le commissaire du gouvernement proposait de prononcer contre l'État une amende pour recours abusif. Le Conseil d'État n'a pas suivi cette partie des conclusions, peut-être tout simplement parce que l'État débiteur de l'amende en eût été également le bénéficiaire.

L'intérêt des conclusions de M. Théry est cependant de bien mettre en évidence le fait que la « jurisprudence est aussi une règle de droit », ce qui est généralement admis, mais surtout — et là le propos est plus nouveau — que, bien qu'évolutive « elle repose cependant sur des principes constants ». La méconnaissance par l'Administration de ces « principes constants » est une source de responsabilité. Même si pour des raisons propres à l'amende de recours abusif elle ne se prête pas à être censurée dans cette forme particulière, elle n'existe pas moins. Il ne paraît guère possible de contester cette analyse.

20. Il faut bien voir pourtant ce qu'elle implique.

Négativement tout d'abord, la méconnaissance par l'administration d'une règle jurisprudentielle n'est en rien assimilable à la violation de la chose jugée. La chose jugée ne s'attache qu'« à ce qui a fait l'objet du jugement » (art. 1351 du code civil) et, même lorsque, exceptionnellement, elle s'impose *erga omnes*, elle conserve un effet relatif en ce qui concerne l'objet. En d'autres termes, la chose jugée s'applique à une espèce; elle ne s'étend évidemment pas à d'autres espèces, même identiques, alors d'ailleurs que le droit français, contrairement au droit anglais, récuse la règle du précédent.

Positivement, comment donc expliquer que la méconnaissance d'une règle purement jurisprudentielle puisse entraîner, sous une forme ou sous une autre, une responsabilité à la charge de son auteur ?

(1) Concl. J.-F. Théry dans C.E., 27 avril 1979, *ministre délégué à l'Économie et aux Finances contre dame Lestrade*, Rec., p. 172.

Il est intéressant de répondre à cette question car on va voir que la réponse la plus immédiate, que le bon sens inspire, est bien la seule possible, mais à la condition précisément de renoncer à voir dans la jurisprudence cette source du droit indéfiniment flexible et souple que l'on présente d'habitude et de lui reconnaître un minimum de rigidité qui en fait un droit « quasi législatif ».

Le premier mouvement — et c'est le bon — est de considérer que, lorsqu'une jurisprudence est ferme et établie, celui qui refuse d'y conformer sa conduite ou qui multiplie les chicanes pour la tenir en échec, commet une faute en résistant à l'application d'une règle de droit claire et constante. Dans ses conclusions précitées M. Théry, citant le regretté président Odent, rappelle, on l'a dit, que « la jurisprudence est aussi une règle de droit » et que, dans certaines conditions, l'abus du droit de plaider s'établit par le seul fait que la règle de droit dont on conteste l'application est sans équivoque.

Il faut tout de même prendre garde à un point qui est très important : c'est que la résistance à la règle écrite et la résistance à la règle jurisprudentielle ont, du moins si la précarité est le signe, voire la noblesse du droit jurisprudentiel, un visage tout différent.

Celui qui, devant le juge, résiste de façon inexcusable ou malicieuse, à l'application d'une loi ou d'un règlement sans obscurité est nécessairement en faute. Même si l'autorité législative ou réglementaire vient plus tard à donner raison aux critiques qu'il dirige contre le texte (mis à part le cas de la « loi plus douce », en droit pénal) ce succès ne justifie pas la désobéissance au droit législatif dans le temps où il était applicable.

Résister à une règle jurisprudentielle, c'est tout autre chose. En effet, lorsque le plaideur obstiné aura converti à son point de vue l'auteur de la règle, c'est-à-dire le juge, il aura fait absoudre sa résistance. Par nature, la nouvelle jurisprudence sera considérée comme ayant *toujours* été vraie; la résistance n'est pas illégitime dès lors que, si elle l'emporte, elle n'entraîne pas simplement (comme dans le cas du droit législatif) un changement pour l'avenir, mais une réécriture du passé. Autrement dit, il serait hautement contradictoire de faire de la possibilité du changement à la fois instantané et rétroactif la marque et le mérite essentiels du droit jurisprudentiel et de trouver une responsabilité à celui qui s'efforce de le faire changer.

On peut mettre ceci en forme de paradoxe : le droit jurisprudentiel suppose la collaboration des justiciables. En France, point d'édit du préteur, point d'arrêt de règlement : la jurisprudence a comme matière première des procès. Le changement n'est possible que si justement les plaideurs ne se résignent pas au *statu quo* jurisprudentiel. Et plus la jurisprudence paraît fermement assise, plus il faut louer l'audacieux qui veut la voir changer. L'idée que le refus de s'incliner devant le droit jurisprudentiel puisse constituer un abus du droit serait donc, selon une apparence logique, inexplicable.

22. La contradiction logique où l'on vient de tomber est révélatrice du fond du débat. Il est certain que, non seulement sur le terrain de la responsabilité pour abus du droit de plaider (ou, plus largement, pour abus du droit de résister) mais encore de façon plus générale, la jurisprudence doit, dans certaines de ses parties, être regardée comme une règle de droit non précaire et non vouée au changement (sinon comme la loi elle-même, dans un monde où rien n'est éternel). Le président Odent, cité par M. Théry, écrivait :

« Il est ainsi dans la nature des choses que toute juridiction souveraine se fixe à elle-même *une jurisprudence qui a valeur de loi...* »

Mais s'il en est ainsi, si la jurisprudence est déjà une loi intérieure au juge, pourquoi ne pas l'« extérioriser » ? Pourquoi ne pas en faire, là où l'acquis est irréversible et fondamental, une vraie loi pour tous ? Du même mouvement, en dépouillant la loi jurisprudentielle des voiles dont l'enveloppe sa nature même, la mise en forme législative consacrerait sa dignité et son identité.

Georges VEDEL,

*Professeur émérite à l'université de Droit,
d'Économie et de Sciences sociales de Paris.*