

ARTICLES

LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE ALGERIEN : UNE JURISPRUDENCE INACCOMPLIE

Rachid KHELLOUFI

Maître de Conférences à l'Ecole Nationale d'Administration, Alger

INTRODUCTION

La jurisprudence administrative est **un sujet** qui suscite, périodiquement, d'inépuisables controverses. Il invite et renvoie le chercheur à s'intéresser, essentiellement, au pouvoir normatif du juge administratif.

La définition du terme « jurisprudence » constitue un préalable pour situer la place de la jurisprudence, sa fonction et les conditions de sa formation. Cette définition permettra ensuite de mesurer et de mettre en valeur les spécificités de « la jurisprudence administrative » pour pouvoir formuler quelques observations sur les aspects de la production juridique du juge administratif dans le système juridique algérien.

Dans un sens ancien, la jurisprudence **était** la science du droit ; cette signification est toujours utilisée dans les pays anglo-saxons où le terme « jurisprudence » renvoie à **la science, la théorie** ou à **la philosophie du droit**.

Dans les pays latins essentiellement, la « jurisprudence » **est définie** comme l'ensemble des règles qui sont élaborées par les juridictions et qui se dégagent des décisions de justice. Dans cet ordre, plusieurs sens ont été formulés pour cerner le terme de « jurisprudence ».

Elle désigne :

- l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période dans une matière, dans une branche du droit ou dans l'ensemble du droit ;
- l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du droit ou même dans la création du droit ;
- la personnification de l'action des juridictions par opposition à la législation ou à la doctrine ;
- l'habitude de juger dans un certain sens ; dans cette perspective, elle est considérée comme une source de droit ou même une source du droit ;
- la tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans un sens déterminé ; on parle alors de la jurisprudence du Conseil d'État ou de la Cour Suprême ;
- une pratique judiciaire, une habitude de procéder ou d'opérer de telle ou telle manière¹.

« **La** jurisprudence », terme essentiel de ce travail, est employée pour désigner l'ensemble des décisions rendues par le juge alors qu'« **une** jurisprudence » renvoie à une solution particulière, **une décision** d'un juge sur une question de droit donnée.

De ce florilège de définitions sur « **la** jurisprudence » ressort un socle qui peut servir de mesure commune permettant de la définir.

Ainsi, la jurisprudence² **désigne l'ensemble des décisions** de justice relatives à une question juridique donnée.

1 - D'autres définitions ont été formulées par la doctrine.

2 - Droit, exemple, précédent, sont également des termes utilisés comme synonymes de la jurisprudence.

La jurisprudence est **constituée d'abord** des décisions rendues par les hautes juridictions nationales, mais également, avec un poids moindre, de celles rendues par des juridictions de rang inférieur.

L'**importance** accordée à la jurisprudence varie selon les systèmes juridiques. Dans la tradition juridique anglo-saxonne de la Common Law, la jurisprudence est une source importante du droit qui lie les juges dans l'avenir alors que dans les pays de droit romain, l'importance à la respecter est nettement moins importante.

L'un des rédacteurs du code civil français³ écrit pour souligner les **fonctions de la jurisprudence** : « *on ne peut pas plus se passer de la jurisprudence que de lois. L'office de la loi est de fixer par de grandes vues les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est aux magistrats et aux juristes pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.... Il y a une science pour les législateurs comme il y a une science pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du magistrat est de mettre ces principes en actions, de les ramifier, de les étendre par une application sage et raisonnée aux hypothèses prévues* ».

Cet extrait montre la place de la jurisprudence en ce qu'elle est aussi nécessaire voire aussi indispensable que la loi. Il détermine, par ailleurs et à juste titre, les principales fonctions de la jurisprudence, en l'occurrence, l'application de la loi en précisant sa portée dans les circonstances qui se présentent en pratique, et la palliation aux lacunes et aux obscurités inévitables de la loi et enfin l'adaptation du droit à l'évolution de la société.

Ces différentes fonctions ne vont pas sans s'interroger sur l'existence d'une **politique jurisprudentielle** ; or, parler de la politique jurisprudentielle revient à admettre que les juges ont vocation à envisager les effets sociaux que leurs décisions pourraient provoquer.

3 - PORTALIS Jean, jurisconsulte de 1746-1807 - extrait de l'encyclopédia universalis. Il a également écrit : « *quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais..... Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes, à l'arbitrage des juges* » extraits cités dans l'article de P. GONOD et O. JOUANJAN – AJDA 2005, p. 992s.

Peut-on dire alors que la politique jurisprudentielle est la jurisprudence ? Et qui en est l'instigateur ? Le juge ? Le législateur ? Ou alors, est-ce-que l'action du juge ne participe pas à celle du législateur ?⁴

Par ailleurs, pour être **considérée comme telle**, la **jurisprudence** doit réunir des conditions concernant, d'une part, ses décisions et leurs valeurs ; d'autre part, celles relatives aux modalités du jugement.

S'agissant de la condition relative aux décisions et à leurs valeurs, la jurisprudence est constituée par des décisions, formant **un ensemble cohérent**, ayant une **valeur de principe** certaine ; autrement dit, constituée par des arrêts de principe (et non pas par des arrêts d'espèces) rendus par **une juridiction suprême** et **respectée** par l'ensemble des juridictions y compris par celle qui l'a rendue.

Les modalités du jugement, autre condition pour la formation d'une jurisprudence, renvoient à l'élaboration d'une jurisprudence en termes de qualité et de disponibilité.

Si les éléments précédents constituent le cadre et le régime indispensables pour la jurisprudence en général, **la jurisprudence administrative** se remarque, en outre, par d'autres aspects.

Dans sa fonction contentieuse, **le juge administratif crée** la jurisprudence du fait de la rareté des règles écrites applicables aux autorités administratives, de leur insuffisance, ou de leur caractère général qui ne suit pas les évolutions et les exigences du service public. Cette situation a poussé et pousse encore le juge administratif à créer ses propres règles afin de soumettre l'administration au droit et d'apporter des garanties aux citoyens.

En effet, si la jurisprudence se définit comme l'ensemble des règles non écrites élaborées par les juridictions, son importance est inversement proportionnelle à la quantité des règles écrites. La jurisprudence administrative reste la **source principale de la légalité** applicable à l'administration ; à titre d'exemple, si les règles concernant les procédures des recours administratifs sont écrites dans les codes de procédure, il revient au juge administratif de fixer les règles relatives à l'appréciation de la légalité d'un acte administratif ou à la détermination de la responsabilité de l'administration.

Ainsi la place et le rôle de la jurisprudence administrative se posent d'une manière spécifique aussi bien sur le plan formel que sur le plan fondamental.

4 - Il ressort de l'article premier alinéa 2 du code civil que le juge participe à l'action du législateur.

Qu'en est-il de la « jurisprudence administrative »⁵ dans le système juridictionnel algérien ?

Cette question fondamentale renvoie principalement aux interrogations suivantes :

Peut-on parler de la jurisprudence administrative dans le système juridictionnel algérien ?

Dans l'affirmative, comment se présente-t-elle ?

Et, enfin, constitue-t-elle une source de droit ⁶?

La présente étude se limite à la présentation et à l'analyse de la question de la jurisprudence administrative dans le système juridique en Algérie depuis 1962, date à partir de laquelle l'Etat a commencé à exercer sa souveraineté sur les plans juridique et judiciaire notamment.

Cette étude tentera (**1^{ère} partie**) de présenter l'étendue et les limites de ce qui pourrait être qualifié de jurisprudence administrative dans le système juridique algérien et de vérifier (**2^{ème} partie**) si, malgré ses particularités et ses spécificités, elle constitue une source de droit.

PREMIERE PARTIE : LE STATUT FONDAMENTAL DE LA JURISPRUDENCE ET L'ETAT DE LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE ALGERIEN

Si les juristes considèrent et admettent que la jurisprudence administrative est non seulement une nécessité mais également un bienfait au même titre que la loi, ils rappellent que sa détermination obéit à quelques règles et principes fondamentaux (**chapitre 1^{er}**). Les résultats de cette détermination serviront dans cette étude de mesure permettant de se prononcer sur la dénomination de l'ensemble des décisions des juridictions administratives ; autrement dit, de se prononcer sur l'existence ou non de la jurisprudence administrative dans le système juridique algérien (**chapitre 2**).

5 - Les guillemets utilisés autour du terme jurisprudence soulignent toute la problématique que soulève cette question dans le système juridique algérien.

6 - Le mot « **droit** » de l'expression source de droit est utilisé dans le sens « **d'ordre juridique** ».

Chapitre 1er - Les fondamentaux de la jurisprudence

Les fondamentaux de la jurisprudence présentés dans ce chapitre ne sont pas absolus ; cependant, ils sont considérés comme étant les critères minimums nécessaires à l'émergence et l'existence de la jurisprudence. Appliqués à la jurisprudence administrative, ces fondamentaux prennent, dans certains cas, une connotation spécifique.

Ces fondamentaux concernent essentiellement la formation de la jurisprudence administrative et la qualité de ses décisions.

1 - Formation de la jurisprudence administrative

La formation de la jurisprudence est déterminée à partir des critères permettant d'affirmer que certaines décisions rendues par les juges administratifs font jurisprudence.

Les principaux critères reconnus ont trait à **la décision de justice, sa constance, sa publicité et sa disponibilité.**

Une décision de justice fait jurisprudence⁷ lorsqu'elle énonce, d'une manière ferme, un principe formulé d'une manière abstraite et générale.

Cette décision fait, ensuite, jurisprudence en fonction de la juridiction qui a rendu la décision ; en effet, pour remplir le critère exigé, la décision doit être rendue par la plus haute juridiction (dans le système juridictionnel algérien il s'agit de la chambre administrative de la Cour Suprême durant la période allant de 1963 à 1998 et du Conseil d'Etat à partir de 1998).

La décision doit être, également, un arrêt de justice de principe⁸ car, même si à la base, toutes les décisions de justice sont des décisions d'espèces dans la mesure où elles sont rendues dans le cadre d'une affaire particulière, certaines décisions sont qualifiées d'arrêts de principe lorsqu'elles sont rendues principalement par toutes les chambres réunies des plus hautes juridictions. Sont également considérées comme telles, les décisions qui constituent un revirement d'une précédente jurisprudence ou qui énoncent une nouvelle position jurisprudentielle de la plus haute juridiction.

7 - On dit qu'un arrêt fait jurisprudence lorsque la solution qu'il a donné à un problème est appelée à être reproduite dans des affaires analogues.

8 - Un arrêt de principe comporte, d'une manière explicite ou implicite une formule générale destinée à s'appliquer à toutes les affaires analogues. A côté de l'arrêt de principe, existe une autre catégorie d'arrêts qualifiés d'arrêts d'espèce dont la solution ne semble pas devoir être généralisée ou étendue à des cas proches

La constance est un autre critère pour la formation de la jurisprudence ; elle signifie que, pour former la jurisprudence, un certain nombre de décisions similaires soient rendues également par la plus haute juridiction.

S'il est admis d'entendre que chaque ordre de juridiction a sa jurisprudence (on dira, par exemple telle est la jurisprudence de telle juridiction), l'importance considérable de la jurisprudence évite aux juridictions de se contredire dans leurs décisions sur une même question.

La publicité des décisions, autre critère de la jurisprudence, doit être assurée car la justice est rendue au nom du peuple. Cette règle permet à tout citoyen de pouvoir vérifier dans quelles conditions les décisions de justice sont rendues. Elle indique que les débats ont lieu publiquement et que la décision de justice est rendue en présence du public.

Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence reste déterminante pour comprendre le droit administratif et favoriser son développement.

De plus, en raison du caractère fondamentalement jurisprudentiel du droit qu'applique le juge administratif, la publication occupe une place importante dans la formation de la jurisprudence.

Si la jurisprudence administrative n'avait pas été publiée, le droit administratif ne serait pas devenu aussi jurisprudentiel qu'il l'est devenu. N'étant pas connue ou mal connue, celle-ci n'aurait pas exercé de véritable influence a priori sur l'administration et les administrés. En la connaissant, en la critiquant, en la « construisant » indirectement par ses efforts de systématisation et sa force de proposition, la doctrine a indéniablement contribué à légitimer la jurisprudence administrative.

La publication assure un dialogue entre la jurisprudence et la doctrine et même parfois avec le législateur car la jurisprudence n'aurait pas sa valeur sans la reconnaissance de la communauté des hommes de droit.

Elle participe aussi à la société démocratique attachée à l'Etat de droit ; dans cette perspective, elle permet aux citoyens de connaître leurs droits et leurs devoirs et éclairerait la marche générale des autorités administratives.

Elle forcerait, dans une certaine mesure, le juge à rendre et produire des décisions de qualité.

La publicité des décisions de justice peut prendre la forme d'un prononcé des décisions lors des audiences publiques auprès des juridictions.

Elle se concrétise par la publication des décisions dans des revues spécialisées qui constituent dans une certaine mesure « le journal officiel

de la jurisprudence »⁹. Elle se réalise également par les commentaires faits sur certaines décisions de justice par la doctrine.

Enfin, la disponibilité constitue, un autre critère tout aussi important pour la formation de la jurisprudence ; elle assure, entre autres, à la jurisprudence d'être une source de droit à prendre en considération par l'ensemble de la communauté juridique.

2 - La qualité des décisions de justice

La qualité des décisions de justice est l'autre élément fondamental constitutif de la jurisprudence. Elle s'impose pour deux raisons essentielles ; d'une part, parce qu'elle constitue un élément de confiance dans le fonctionnement de la justice et une composante au procès équitable ; d'autre part, parce qu'elle illustre le caractère fonctionnel de l'indépendance dont bénéficie le juge non pas comme un privilège mais comme une obligation à agir dans l'intérêt exclusif des justiciables.

La qualité des décisions de justice permet de faciliter l'accès au juge en offrant la possibilité de connaître et de comprendre la norme qu'il a créée.

Cette qualité se mesure essentiellement sur la base de la motivation du juge dans ses décisions de justice. En effet, les juges ont l'obligation de motiver leur décision, c'est-à-dire d'une part, **justifier** les raisons de fait et de droit qui les ont conduits à rendre cette décision afin de lutter contre l'arbitraire et permettre le contrôle par les hautes juridictions, d'autre part, **expliquer** ces mêmes raisons afin de permettre la compréhension de la décision.

Cette motivation serait, en quelque sorte, une forme d'incitation à agir dans la mesure où en cas de désaccord avec les motifs de la décision, le justiciable peut alors s'y appuyer pour contester la décision rendue et exercer, le cas échéant, un recours.

Ces fondamentaux de la jurisprudence en général prennent une dimension supplémentaire et particulière dans la jurisprudence administrative.

Cette dimension s'explique par le fait que le droit administratif continue à être un droit fortement jurisprudentiel, un droit composé de nombreuses règles juridiques que le juge administratif a dégagé au fil du temps ; un droit à qui il accorde une valeur supérieure aux actes réglementaires émanant des autorités administratives. Ces règles ne sont pas écrites ; la notion de contrat administratif et d'acte administratif, de service public

9 - Même si un petit nombre est réellement publié du fait de la sélection opérée par le service de documentation dépendant de l'institution judiciaire, la publication doit porter sur les arrêts de principe ou sur les décisions présentant un intérêt pour la jurisprudence.

ou les cas d'ouverture du recours en annulation des actes administratifs en sont des illustrations marquantes.

De plus, dans sa fonction créatrice de la jurisprudence, le juge administratif, contrairement au juge judiciaire, doit, nécessairement, rechercher l'équilibre entre l'obligation de protection des droits des justiciables et les exigences du service public dont il doit tenir compte.

Les développements précédents ont éclairé, dans une certaine mesure, les fondamentaux de la jurisprudence en général et les particularités de la jurisprudence administrative, qu'en est-il de la jurisprudence dans le système juridique algérien ?

Chapitre 2 - L'état de la « jurisprudence administrative » dans le système juridictionnel algérien

1 - Problématique

Est-il conforme de parler de « la jurisprudence administrative » telle que définie précédemment¹⁰ dans le système juridictionnel algérien ?

Cette interrogation fondamentale soulève une autre interrogation préalable. Cette dernière consiste à vérifier s'il existe un contentieux administratif¹¹ dans le système juridictionnel algérien.

A ce propos, le système juridictionnel algérien a connu deux étapes principales ; la première s'est étalée de 1963, date de création de la Cour Suprême en passant par la mise en place des cours et des tribunaux mettant un terme au système juridictionnel qui prévalait avant 1962 à 1996 et plus précisément en 1998, dates de départ de la deuxième étape avec l'institution et la création du Conseil d'Etat et des tribunaux administratifs en tant qu'ordre juridictionnel administratif autonome à côté de l'ordre judiciaire¹².

Si la question de l'existence d'un contentieux administratif ne se pose pas dans la deuxième phase en ce sens que l'architecture juridictionnelle générale fait apparaître un ordre juridictionnel administratif seul compétent pour connaître des litiges administratifs, la question d'un contentieux administratif durant la première étape n'a pas été tranchée dans le même sens par les juristes.

10 - Voir également les différentes définitions mentionnées dans l'introduction de cette étude.

11 - Le contentieux administratif est généralement défini comme étant « l'ensemble des litiges administratifs soumis à un juge administratif qui applique le droit administratif pour en connaître ».

12 - Cette organisation juridictionnelle est contenue dans la loi organique n° 05-11 du 25/07/2011.

En effet, partant de l'organisation juridictionnelle marquée par une unité de juridiction, un premier groupe de juristes ne reconnaissait pas l'existence d'un contentieux administratif. En se plaçant essentiellement sur l'aspect fonctionnel des juridictions, un deuxième groupe de juristes affirmait, au contraire, l'existence d'un contentieux administratif.

Pour ma part, un certain nombre de paramètres existait et permettait d'être en accord avec la position du second groupe de juristes ; en effet, les affaires administratives étaient délimitées d'une manière spécifique par l'article 7 du code de procédure civile depuis 1966 et ce jusqu'en 2009 date d'entrée en vigueur du code de procédure civile et administrative.

Par ailleurs, les affaires administratives relevaient uniquement de la compétence des chambres administratives existantes au sein des cours et de la Cour Suprême. De plus, la recevabilité des affaires administratives était soumise à des conditions spécifiques ; il en était de même des procédures relatives aux voies de recours contre les décisions de justice rendues par les chambres administratives des cours.

Ainsi, il ressort de la position du deuxième groupe de juristes et de leur argumentation qu'un contentieux administratif existait durant la phase marquée par une organisation juridictionnelle composée d'un seul ordre¹³.

Cependant, est-ce que l'existence de ce contentieux administratif suffit pour parler de la jurisprudence administrative dans le système juridique algérien ?

L'analyse du critère de la publicité des décisions rendues par la juridiction administrative suprême comme critère de formation de la jurisprudence administrative donnera toute la mesure des autres critères et par voie de conséquence la réponse à l'interrogation fondamentale concernant l'existence de la jurisprudence administrative dans le système juridique algérien.

2 - La publicité des décisions de justice rendues par les juridictions administratives

Les articles 137 et 258 du code de procédure civile de 1966 ont prévus respectivement que les audiences des cours et de la Cour Suprême sont publiques ; le caractère public des audiences est également consacré par l'article 7 du code de procédure civile et administrative de 2008 ; ainsi,

13 - Je tiens à signaler que dans le cadre d'un article, il n'est pas possible d'aller dans le détail des choses ; cependant, une occasion m'a été donnée d'écrire que durant sa première phase, le système juridictionnel algérien n'était pas un système d'unité de juridiction identique à celui des pays anglo-saxon mais plutôt « un système d'unité de juridiction et de dualité juridictionnelle ». De même que le système retenu dans la deuxième phase n'est pas un système de dualité de juridiction identique au modèle français mais « un système de dualité de structures juridictionnelles dans l'unité du pouvoir judiciaire ».

l'une des formes de **publicité** des décisions est prévue dans les deux codes de procédure.

Qu'en est de la **publication** des décisions rendues par les juridictions administratives ?

L'ensemble des textes juridiques¹⁴ relatifs à l'organisation juridictionnelle prévoient des dispositions concernant la publication des décisions de justice.

Durant les années 70, la publication des décisions rendues par la chambre administrative de la Cour Suprême s'est faite dans deux revues éditées par le ministère de la justice ; il s'agissait en l'occurrence « du bulletin des magistrats » et de « l'annuaire de la justice ». Depuis 1989, la publication s'est poursuivie dans la revue de la Cour Suprême et ce jusqu'à la création de la revue du Conseil d'Etat en 2001¹⁵ ; depuis cette date, la publication des arrêts du Conseil d'Etat s'effectue dans cette revue dont le premier numéro a vu le jour en 2002.

Ainsi, des textes législatifs et réglementaires relatifs à la publication des décisions rendues par les juridictions administratives successives existent et constituent le cadre de publication pour la formation de la jurisprudence administrative.

S'agissant de la place et du rôle de la revue du Conseil d'Etat, son premier numéro renferme quelques déclarations mettant en valeur toute cette place et plus particulièrement son rôle par rapport à la jurisprudence et sa promotion.

Pour le ministre de la justice de l'époque : « la revue est une source d'information pour tous ». Le directeur de la revue énonce quant à lui un certain nombre d'objectifs assignés à la revue, il déclarera notamment :

- « Elle permettra d'unifier la jurisprudence ;
- Elle constituera un outil de travail pour le juge administratif ;

14 - S'agissant des décisions de justice rendues par la Cour Suprême, l'article 10 de la loi 89-22 du 12/12/1989 relative aux attributions, à l'organisation et au fonctionnement de la Cour Suprême dispose que : « dans le but de renforcer l'unification de la jurisprudence, la Cour Suprême œuvre à la publication de ses décisions ainsi que tous les commentaires, études juridiques et scientifiques » ces dispositions ont été reconduits dans l'article 5 de la loi organique n° 11-12 du 26/7/2011 fixant l'organisation, le fonctionnement et les compétences de la Cour Suprême.

S'agissant du Conseil d'Etat, l'article 8 de la loi organique n° 98-01 du 30/05/1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat dispose également que « le Conseil d'Etat publie ses décisions et œuvre à la publication de tous commentaires et œuvres juridiques ».

15 - Voir décret exécutif n°01-413 du 19/12/2001.

- Elle facilitera la recherche aux étudiants en droit en général et à ceux qui ont décidé d'appartenir au monde judiciaire en particulier ;

- L'évolution de la jurisprudence qui n'était naguère connue que par ses auteurs sera plus accessible au public ».

Cependant, qu'en est-il de la réalité de la publication des arrêts rendus par le Conseil d'Etat ? Ou plus exactement, est-ce que cette publication dans la revue de la Cour Suprême puis dans la revue du Conseil d'Etat permet de conclure à l'existence de la jurisprudence ?

Sur le plan quantitatif, la consultation d'une dizaine de numéros¹⁶ de la revue du Conseil d'Etat fait ressortir une moyenne de trente décisions publiées par numéro soit 240 décisions. Comparé à l'ensemble des décisions rendues par le Conseil d'Etat durant la même période, ce chiffre présenterait une autre dimension d'appréciation quant au pourcentage des décisions publiées¹⁷.

Sur le plan formel, la publication de ces décisions fait ressortir quelques observations édifiantes.

Premièrement, seule une partie des décisions est publiée ; en effet, la publication n'a porté que sur certains attendus (à ce propos, il aurait fallu utiliser le terme « considérant », terme plus approprié pour les décisions de justice rendues par les juridictions administratives) relatifs à la position du juge ainsi que le dispositif de la décision. Cette publication partielle prive les chercheurs d'un certain nombre d'éléments de la décision (les visas, les faits, la procédure, les moyens soulevés par les parties et leurs demandes) qui permettent un commentaire plus complet de la décision et par conséquent une connaissance de la position du juge, d'une manière globale, par rapport à l'affaire qu'il a eue à connaître.

Deuxièmement, les décisions publiées sont citées à partir des initiales des noms des parties uniquement¹⁸.

Cette façon de procéder est critiquable à plusieurs titres.

Elle ne participe pas à la connaissance et à la mise en place de la jurisprudence.

16 - Les revues disponibles consultées : 2002/1 et 2 , 2003/3 et 4, 2005/6 et 7, 2006/8 et 2009/9.

17 - Les statistiques relatifs au nombre de décisions rendues par le Conseil d'Etat sont indisponibles ; le site du ministère de la justice et celui du Conseil d'Etat ne font pas mention de ces chiffres ; d'ailleurs la partie jurisprudence, la rubrique du site du Conseil d'Etat signale qu'il est en construction.

18 - De plus, une autre mention tout aussi critiquable, les arrêts publiés sont désignés sous le terme « dossier » alors que le terme le plus approprié est « affaire ».

L'évocation de l'expression « arrêt Blanco » fait ressurgir automatiquement un certain nombre de points de droit comme la responsabilité administrative, la compétence juridictionnelle, le droit applicable ; alors que l'expression, par exemple « A. B contre M. F » ou la référence à un numéro de l'affaire ne renvoie à rien. Dans les revues qui ont précédé celles de la Cour Suprême et le Conseil d'Etat, en l'occurrence le bulletin des magistrats ou l'annuaire de la justice, les décisions rendues par la chambre administrative de la Cour Suprême les arrêts étaient publiées dans leur totalité.

De plus, la publication des décisions de justice dans les pays voisins et le pays de référence porte, d'une part sur la totalité du contenu de la décision d'autre part en citant d'une manière claire et directe les noms des parties.

Une interrogation pourrait être soulevée à propos du mode de publication des décisions retenu dans les revues de la Cour Suprême et du Conseil d'Etat ; est-ce que la référence complète des noms des parties dans les décisions publiées porte atteinte à la vie privée ?

La consultation des principaux codes (pénal, civil, de la famille, de l'Etat civil) ne règlementent pas directement la façon dont doivent être mentionnées les noms et prénoms des personnes sur les décisions de justice.

La justice est rendue au nom du peuple algérien¹⁹. Elle est **publique**. Ce principe, consacré dans la Constitution, inséré dans les codes de procédure (civile et administrative et pénale), permet à tout citoyen de pouvoir vérifier dans quelles conditions les décisions de justice sont rendues ; il signifie que les débats ont lieu publiquement et que la décision de justice est rendue en présence du public sauf lorsque la loi prévoit la possibilité de tenir une audience à huis clos pour atteinte à l'ordre public, hypothèse qui ne peut être envisagée dans une audience administrative.

Ces quelques observations permettent de dire que la publication des arrêts rendus par les juridictions administratives ne participe pas à la formation de la jurisprudence administrative étant donné que la revue du Conseil d'Etat ne peut être considérée que comme un recueil dans lequel sont publiées

19 - Article 141 de la Constitution : « la justice est rendue au nom du peuple ».

Article 31 du code de procédure civile (1966) : « les audiences sont publiques ».

Article 7 du code de procédure civile et administrative (2008) : « les audiences sont publiques sauf si leur publicité est de nature à troubler l'ordre public ou à porter atteinte aux bonnes mœurs ou à l'inviolabilité de la famille ».

d'une part, un nombre infime de décisions ; d'autre part, une partie du contenu de ces décisions²⁰.

Ces mêmes observations concluent s'agissant de la publication des décisions de justice administratives qu'« un cadre juridique clair et suffisant existe » mais que « la publication est aléatoire et inopérante ». Ce constat laisse également à observer que cette pratique de publication permet certes de connaître quelques jurisprudences mais ne favorise pas l'émergence de la jurisprudence administrative.

3 - qualification des décisions disponibles rendues par les juridictions administratives

S'agissant de la qualité des décisions de justice administrative et notamment la question de leur motivation, la Constitution dans son article 144, l'article 11 du code de procédure civile et administrative exigent que les décisions de justice doivent être motivées.

S'agissant de la publicité de la jurisprudence, l'article 8 de la loi organique n° 98-01 du 30 mai 1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat dispose dans une formulation claire et sans exclusive que ce dernier « publie ses décisions et œuvre à la publication de tous commentaires et études juridiques ».

Cependant, l'appréciation de ces deux derniers critères est rendue difficile du fait du mode et du modèle de publication retenus pour les décisions rendues par le Conseil d'Etat.

La place consacrée à la justice par la Constitution comme « pouvoir » au même titre que les que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, la mention spécifique et particulière de l'article 138 (le pouvoir judiciaire est indépendant) sont autant d'éléments forts et suffisants pour une véritable formation et mise en place de la jurisprudence administrative dans un Etat en construction visant à consacrer le principe de légalité dans toute sa splendeur.

Ainsi, la jurisprudence et par voie de conséquence sa publication doivent être au dessus de toutes les considérations avancées pour tenter de justifier le mode de publication actuel, mode d'ailleurs, difficilement défendable.

20 - Ce mode de publication ne facilite pas l'analyse et le commentaire ; d'ailleurs, dans beaucoup de travaux de recherche ou d'étude, il n'est pas rare de lire dans les notes de bas de pages l'expression « arrêt non publié » pour désigner la source de la décision.

Il ressort de ce qui précède que la situation actuelle de la publication des décisions de justice administrative relève beaucoup plus d'une position conjoncturelle et constitue, je le souhaite, une étape vers la formation de ce qu'il a été défini comme « la jurisprudence administrative ».

Si dans cette perspective, il est utile et acceptable de considérer et d'admettre que les décisions publiées rendues par les juridictions administratives peuvent être érigées au rang de la jurisprudence et qualifiées comme telle, une question tout aussi importante reste posée : est-ce que cette jurisprudence administrative constitue une source de droit ?

Autrement dit, est-ce que le juge administratif est créateur de droit ? Et donc est-ce que dans le système juridique algérien, la jurisprudence peut être admise comme source de droit ?

DEUXIEME PARTIE : LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE DANS LE SYSTEME JURIDIQUE ALGERIEN : UNE SOURCE DE DROIT ?

Problématique

La question de savoir si la jurisprudence est ou non une source de droit est intimement liée à la relation entre la loi et la jurisprudence.

Cette relation constitue l'un des thèmes favoris des juristes ; à ce propos, la doctrine a posé des problématiques diverses en termes complémentaires voire d'opposition.

Au départ, la répartition entre la loi et la jurisprudence était claire ; un éminent jurisconsulte²¹ a écrit « un juge est associé à l'esprit de la législation mais il ne saurait partager le pouvoir législatif ». Cette position de nature constitutionnelle s'appuie sur la séparation des pouvoirs qui ne saurait tolérer que le juge se fasse législateur ; elle est également procédurale dans la mesure où une décision de justice ne peut constituer une contrainte à l'encontre d'autres parties que les parties au procès.

Ce schéma idéal d'une jurisprudence qui se contenterait d'appliquer la loi est utopique car entre la loi et la jurisprudence les relations sont multiples, changeantes et variables même si la jurisprudence reste, en dernière analyse subordonnée à la loi.

Quant à la question de savoir si la jurisprudence constitue une source de droit des arguments et contre-arguments s'enchaînent.

21 - PORTALIS Jean, jurisconsulte français de 1746-1807 .

Cette question a d'abord été posée par les civilistes à propos des décisions rendues par les hautes juridictions judiciaires, mais la jurisprudence est également constituée des décisions des juridictions administratives, principalement celles de Conseil d'Etat.

Pour les opposants à la jurisprudence comme source de droit, trois arguments sont avancés.

Le premier argument repose sur la mission du juge ; ce dernier a pour mission d'appliquer le droit positif car s'il lui arrivait de contrevenir à une règle de droit, sa décision peut faire l'objet d'un recours puisque la violation de la loi est un cas d'ouverture à la cassation.

Le deuxième argument s'appuie sur le caractère de la décision de justice. Celle-ci ne peut être obligatoire qu'à l'égard des parties dans la mesure où elle ne vaut que pour la situation soumise au juge et donc cette décision ne peut avoir un effet général.

Le troisième argument tient de la précarité de la jurisprudence ce qui contredirait l'idée que cette dernière puisse être une source de droit.

Les partisans de la jurisprudence comme source de droit développent des arguments plus pertinents.

Le premier d'entre eux réside dans le pouvoir d'interprétation de la loi ; en effet, le juge ne se contente pas d'appliquer la loi ; lorsque la règle de droit est obscure ou équivoque, il doit l'interpréter²² et la portée d'un texte dépend souvent du sens donné aux mots ; ce qui est significatif du pouvoir créateur que peut avoir le juge.

Le second argument renvoie à l'obligation faite au juge de statuer même en l'absence d'un vide législatif sous peine de commettre un déni de justice²³.

Le troisième argument s'appuie sur l'obligation pour le juge de motiver ses décisions ; ce qui signifie que ce dernier doit exposer les motifs de sa décision. Et de ce fait, les mêmes causes produisant normalement les mêmes effets, un type de litige que les juges ont tranché d'une manière, a vocation à être jugé de la même manière dans le futur.

22 - Cette fonction d'interprétation est d'autant plus importante comme moment de création du droit par le juge qu'interpréter n'est pas toujours chercher une vérité cachée mais la vouloir.

23 - Cette situation prévue dans le code de procédure civile de 1966 dans l'article 215 (art. 215 : « Il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de statuer sur les requêtes ou négligent de juger les affaires en état d'être jugées » n'a pas été reprise dans le code de procédure civile et administrative de 2008.

Le quatrième argument résulte de l'importance de la distinction entre les arrêts de principe remarquables par leur solennité et leur contenu et les arrêts d'espèces. Les premiers refferment une position qui engage tous les juges ainsi que ceux qui ont rendu la décision de principe à adopter la même position dans les affaires similaires qui seront soumises sauf cas de revirement jurisprudentiel.

Pour ma part, tout en adhérent aux arguments des partisans de la jurisprudence comme source de droit, j'ajouterai que les constructions théoriques toutes aussi séduisantes qu'elles puissent être ne résistent pas à la dure réalité de la mission de rendre la justice ; il ne peut y avoir de texte législatif complet, parfait et réglementant toutes les situations présentes mais surtout futures. Le juge ne saurait attendre la modification de la loi pour qu'il puisse dire le droit ; cette situation prend un cachet particulier lorsqu'il s'agit pour le juge administratif de régler un litige sans porter atteinte au principe de continuité du service public.

Dans le système juridique français, les discussions sur le point de savoir si la jurisprudence administrative est source de droit ont beaucoup plus pour objet aujourd'hui le choix entre les raisons de répondre affirmativement que l'hésitation sur l'affirmative²⁴.

Dans le système juridique algérien, la discussion sur la jurisprudence administrative prend une autre tournure. Le régime juridique relatif à la question de la jurisprudence administrative attribuée à cette dernière la qualité de source de droit (**chapitre 1^{er}**) tout en interdisant au juge de la reconnaître comme telle (**chapitre 2**).

Chapitre 1^{er} - La jurisprudence administrative est une source de droit

Un faisceau d'éléments accorde à la jurisprudence administrative le statut de source de droit dans le système juridictionnel algérien.

Ces éléments tiennent du cadre juridique, du rôle du Conseil d'Etat, de la nature et de l'origine du droit qu'applique le juge administratif et, dans une moindre mesure, du statut constitutionnel de la justice.

1 - Le cadre juridique consacrant la jurisprudence administrative comme source de droit

Le cadre juridique de la jurisprudence administrative est composé de certaines dispositions constitutionnelles et de textes législatifs.

24 - H. BATIFFOL – Note sur le revirement de la jurisprudence – archives philosophiques du droit. 1967. p. 335.

a - Le cadre constitutionnel

La Constitution renferme quelques articles qui ont trait d'une manière directe ou indirecte à la jurisprudence en général et à la jurisprudence administrative en particulier.

L'article 141 qui dispose que « la justice est rendue au nom du peuple » rappelle le caractère public dans lequel s'exprime la jurisprudence. L'article 144 s'inscrit dans la même direction en énonçant que « les décisions de justice sont motivées et prononcées en audiences publiques » ; l'exigence de la motivation renvoyant à l'élaboration en termes de qualité de la jurisprudence.

b - Le cadre législatif

La loi organique n° 98-01 du 30/05/1998, cadre législatif particulier du Conseil d'Etat, prévoit dans son article 8 la publication des décisions rendues par cette haute juridiction administrative répondant ainsi à la publicité, l'un des critères de la formation de la jurisprudence. Il est vrai que cette disposition générale ne précise pas s'il s'agit de toutes ou de certaines décisions.

De même que l'article 31 de la même loi organique²⁵ fait référence à l'éventualité d'un revirement de la jurisprudence du Conseil d'Etat, revirement qui donne en principe naissance à une règle jurisprudentielle nouvelle et qui a, également, pour effet de manifester le rôle créateur de droit du Conseil d'Etat et donc de considérer la jurisprudence comme source de droit.

La loi n° 08-09 du 25/02/2008 portant code de procédure civile et administrative constitue le deuxième texte législatif à partir duquel la jurisprudence administrative est considérée comme source de droit. Les articles 978 à 989 relatifs à l'exécution des décisions de justice rendues par les juridictions administratives permettent au juge administratif de préciser certaines modalités à suivre en cas d'inexécution de ses décisions.

25 - Article 31 : « En cas de nécessité, le Conseil d'Etat siège en formation toutes chambres réunies, notamment dans le cas où la décision susceptible d'être prise peut se traduire par un revirement de jurisprudence ».

2 - La jurisprudence administrative comme source de droit du fait du rôle du Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat institué, pour la première fois dans le système juridictionnel par la Constitution de 1996²⁶, a été créé en 1998²⁷.

L'article 152, alinéas 2 et 3 de la Constitution prévoit pour le Conseil d'Etat une double attribution qui illustre son rôle créateur de droit considérant ainsi la jurisprudence administrative comme source de droit.

Cette disposition constitutionnelle énonce, d'une part qu'il est « organe régulateur de l'activité des juridictions administratives », d'autre part qu'il assure « l'unification de la jurisprudence (administrative) à travers le pays et veille au respect de la loi »²⁸.

Ces attributions ont été reproduites entièrement dans l'article 2 de la loi organique portant création du Conseil d'Etat.

L'indisponibilité des arrêts du Conseil d'Etat ne permet, malheureusement, pas de connaître la position de la plus haute juridiction administrative sur le contenu de ces attributions ; cependant, il est possible de supposer qu'en régulant et en unifiant la jurisprudence de l'ensemble des juridictions administratives, autrement dit, en édictant des règles particulières, le Conseil d'Etat aura à créer du droit à travers ses arrêts soit à la suite des pourvois en appel ou en cassation soit à travers ses arrêts de principe.

3 - La jurisprudence administrative source de droit du fait de la nature et de l'origine d'une grande partie du droit appliqué par le juge administratif²⁹

Le droit administratif est un droit, encore à ce jour, fortement jurisprudentiel, un droit composé d'un certain nombre de règles que le

26 - Paragraphe 2 de l'article 152 de la Constitution : « Il est institué un Conseil d'Etat..... ».

27 - Le Conseil d'Etat a été créé par la loi organique n° 98-01 du 30/05/1998 relative aux compétences, à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat. Il a été consacré par la suite dans la loi organique n° 05-11 du 17/07/2005 relative à l'organisation judiciaire.

28 - **NB.** Les dispositions citées plus haut sont selon l'article 152 valables également pour la Cour Suprême, la plus haute juridiction judiciaire.

29 - Dans le système juridique algérien la question du droit qu'applique le juge administratif n'est pas clairement tranchée. Certains auteurs estiment que l'existence d'un contentieux administratif à côté du contentieux judiciaire est suffisante pour dire que le juge administratif applique un droit spécifique, en l'occurrence le droit administratif ; d'autres au contraire, s'appuyant sur le code de procédure civile, estiment que ce dernier n'a pas disposé clairement dans son fameux article 07 que le juge administratif est tenu d'appliquer systématiquement le droit administratif.

Il ressort des arrêts disponibles rendus par la chambre administrative de la Cour Suprême puis par le Conseil d'Etat notamment dans les affaires ayant trait à la responsabilité administrative que le juge administratif applique indifféremment aussi bien les règles du droit administratif que les règles du droit civil.

juge administratif (français) a dégagé au fil du temps et auxquelles il accorde une valeur supérieure aux actes réglementaires même émanant des autorités centrales³⁰. Il s'agit essentiellement des notions et des règles juridiques qui ne sont pas écrites dans les lois et qui ont une très grande importance ; la notion de contrat administratif ou les principes généraux du droit en sont des illustrations marquantes. D'autres règles concernant l'activité même du juge administratif portent notamment sur la recevabilité des recours qui lui sont adressés ; le juge administratif a admis de plus en plus largement le recours en annulation pour excès de pouvoir ; par ailleurs avec le temps, il a accru l'étendue de son contrôle sur les décisions administratives en déterminant les critères de la décision administrative pouvant faire l'objet d'un recours devant lui, notamment en matière de circulaires administratives.

Le juge administratif a ainsi créé en déployant beaucoup d'imagination un droit administratif correspondant, le plus souvent, à la fois aux besoins de la société et aux nécessités de l'administration et devançant le plus souvent les initiatives du législateur.

4 - La jurisprudence administrative source de droit du fait du statut de la justice

La Constitution de 1996 a reconduit les dispositions relatives à la justice³¹ introduites pour la première fois dans la Constitution précédente³² ; ces dispositions ont érigé la justice au rang de pouvoir³³ après l'avoir considérée comme fonction (au même titre que l'exécutif et le législatif).

A ce titre et dans le respect des dispositions constitutionnelles relatives aux domaines réservés aux pouvoirs législatif et exécutif, il est possible d'envisager³⁴ à partir des dispositions de l'article 139 de la Constitution que le juge administratif puisse créer des règles de valeur jurisprudentielle. Cet article dispose que : «le pouvoir judiciaire protège la société et les libertés. Il garantit, à tous et à chacun, la sauvegarde de leurs droits fondamentaux ». Cet article qui s'adresse directement à la justice intime donc au juge administratif de concrétiser cette protection et cette garantie en interprétant les lois lorsqu'elles existent et en créant les règles y afférentes en cas de vide législatif.

30 - Cette supériorité est consacrée par la Constitution de 1996 dans la mesure où son article 143 organise au profit du juge le droit de connaître des actes des autorités administratives.

31 - Articles 138 et 139.

32 - Articles 129 et 130 de la Constitution de 1989.

33 - Dans la Constitution française la justice a un statut d'autorité.

34 - S'agissant de l'interprétation officielle de cette disposition, « le dernier mot » revient évidemment au Conseil constitutionnel seul habilité à donner une définition officielle et définitive.

Si les résultats de l'analyse de ce faisceau d'éléments débouchent tous sur la considération de la jurisprudence administrative comme source de droit, une disposition de la Constitution réfute, dans une large mesure, cette considération.

Chapitre 2 - La jurisprudence administrative pourrait ne pas être considérée comme une source de droit

La Constitution contient un article qui suscite des interrogations à la fois du point de vue de ses conséquences sur les sources que le juge administratif utilise pour dire le droit et du point de vue de son « irréalisme » quant à l'impossibilité juridique et fonctionnelle d'empêcher ce même juge de créer du droit en interprétant la seule source de droit, en l'occurrence la loi, que lui laisse ce même article. Cependant et en application de ce dernier, les résultats de cette interprétation ne constituent toujours pas une source de droit.

Cette ambivalence ressort de l'analyse des dispositions de l'article 147 qui prévoit que « le juge n'obéit qu'à la loi ».

1 - Bref historique des dispositions de l'article 147³⁵

Depuis 1976, les dispositions de l'article 147 se retrouvent dans toutes les Constitutions de l'Algérie³⁶ ; de 1976 à 1989 lorsque la justice était considérée par le constituant comme une fonction et depuis 1989 date à partir de laquelle la justice est passée au rang de pouvoir.

Ainsi, le juge du contentieux administratif obéit à la loi quel que soit l'environnement constitutionnel.

35 - Cette disposition ne figure pas dans la Constitution française. Par contre dans trois Constitutions de pays proches de l'Algérie, des dispositions plus ou moins analogues figurent dans leur texte constitutionnel.

Dans la Constitution marocaine de 2011, l'article 110 dispose que : « les magistrats du siège ne sont astreint qu'à la seule **application du droit** ».

Dans la Constitution tunisienne (en vigueur avant la révolution des jasmins), l'article 52 prévoit que : « l'autorité judiciaire est indépendante ; les magistrats ne sont soumis dans l'exercice de leurs fonctions qu'à l'autorité de la loi ».

Dans la Constitution égyptienne, l'article 166 énonce que : « les magistrats sont indépendants et ne sont soumis en ce qui concerne leurs attributions judiciaires qu'à la seule autorité de la loi » (ce texte est une traduction du texte officiel rédigé en langue arabe).

36 - Dans la Constitution de 1976, article 172 « le juge n'obéit qu'à la loi » ; dans la Constitution de 1989, article 138 : « le juge n'obéit qu'à la loi ».

Quel sens et quel contenu renferment ces dispositions ?

Le sens et le contenu de ces dispositions ont été donnés dans la charte nationale de 1976³⁷ qui est considérée selon les termes du paragraphe 3 de l'article 6 de la Constitution de 1976 comme : «un instrument de référence fondamental pour toute interprétation des dispositions de la Constitution ».

A ce propos, la charte nationale mentionne dans le thème consacré à l'Etat socialiste et notamment en son point sur l'Etat et citoyen : « dans la phase actuelle de l'édification socialiste, les juges sont appelés à jouer un rôle important en tant qu'agents de l'Etat chargés de l'**interprétation** et de l'**application** des lois Le libre arbitre du juge doit être une règle fondamentale que les organes du parti et de l'Etat doivent scrupuleusement respecter ».

Ainsi, la fonction d'interprétation de la loi et donc de créer du droit est reconnue au juge du contentieux administratif dans la Constitution de 1976.

Qu'en est-il du sens général de ces mêmes dispositions figurant dans les Constitutions de 1989 et de 1996 ?

L'indisponibilité des travaux préparatoires de ces dernières ne permet pas de connaître l'intention du constituant ; cependant, pourrait-on supposer que l'interprétation de la charte nationale reste valable pour déterminer le sens des dispositions de l'article 147 ?

La réponse est largement négative dans la mesure où la Constitution de 1976 renfermait un projet de société totalement différent de celui de la Constitution de 1996 ; ensuite, cette dernière ne mentionne nulle part que la charte nationale est la source d'interprétation de la Constitution.

Quel sens et quel contenu resterait-il à donner aux dispositions de l'article 147 ?

2 - Sens et contenu de l'article 147

a - sur le plan formel

Le constituant a utilisé la rédaction négative dans le chapitre relatif au pouvoir judiciaire pour le seul article 147.

Une rédaction habituelle (par exemple « le juge obéit à la loi ») aurait rempli la même fonction ; mais, la forme retenue laisse envisager que le

37 - La 1^{ère} charte nationale a été publiée dans le journal officiel par le biais de l'ordonnance n° 76-57 du 5/07/1976 précédant la publication de la Constitution de 1976 de 4 mois environ (cette dernière a été publiée par le biais de l'ordonnance n° 76-97 du 22/11/1976).

constituant a entendu donner un poids juridique suffisamment imposant pour signifier que le juge obéit dans un premier stade à la loi mais, deuxième stade, uniquement à la loi.

Par ailleurs, le même constituant s'adresse directement au juge, sans distinction entre le juge administratif et le juge judiciaire et non au pouvoir judiciaire laissant envisager, par ailleurs, une mise en jeu de la responsabilité directe du juge en cas de désobéissance à la loi.

b - sur le fond

Deux termes de l'article 147 constituent les deux interrogations fortes et fondamentales de la lecture et l'analyse de ses dispositions ; il s'agit du terme « **obéit** » et « **loi** ».

Étymologiquement, le verbe **obéir** signifie faire ce que veut un autre, faire ce qui est commandé ou être sujet d'un prince ; dans cette perspective, le juge doit donc obéissance à une décision (en l'occurrence la loi) d'une autre personne (normalement le pouvoir législatif) ; quid, dans ce cas, de la séparation des pouvoirs ? Il me paraît, en respect de ce principe, qu'un terme plus adéquat devrait être utilisé comme c'est le cas dans la Constitution marocaine qui a retenu le terme « application », terme approprié à l'idée de séparation des pouvoirs.

C'est le terme « **loi** » de l'article 147 qui soulève l'interrogation fondamentale de la problématique de cette étude.

Généralement, les juristes définissent et utilisent ce terme soit dans un sens large soit dans un sens étroit.

Dans son sens large, le terme englobe l'ensemble des textes juridiques en partant de la Constitution jusqu'à l'arrêté ou la décision de l'autorité administrative territoriale de base.

Dans son sens étroit, la loi désigne uniquement le texte pris par le pouvoir législatif.

Quel sens renferme le mot « loi » dans l'article 147 ? Le sens large ou le sens étroit ?

Certains pourraient retenir le sens large de par l'utilisation courante et générale du terme, d'autres, cherchant la précision, emploieraient le même terme mais dans son sens étroit.

Pour ma part et sous réserve d'une interprétation du Conseil constitutionnel, le terme loi dans l'article 147 renferme un sens étroit et ce pour deux raisons principales.

La première raison résulte de l'utilisation du terme loi dans la Constitution ; le mot loi est employé³⁸ pour désigner les textes pris par le pouvoir législatif.

La seconde raison, irréfutable, découle des dispositions de l'article 143 de la Constitution qui dispose que : « la justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives ».

L'objet de l'article 147 permet au juge administratif précisément de connaître des recours administratifs, autrement dit, de trancher les litiges administratifs. Il a pour objectif de permettre à ce juge de contrôler la légalité des actes des autorités administratives³⁹ ; dans ce cas, si le juge administratif doit obéir à la loi, compris dans son sens large, il lui serait interdit de connaître de tout acte émanant pris par ces autorités administratives, et ainsi il ne pourrait pas exercer sa mission naturelle de contrôle de légalité des actes administratifs prévue par l'article 143 ci-dessus.

Ainsi, la lecture combinée des articles 143 et 147 permet d'affirmer que le juge administratif n'est tenu d'obéir qu'à la loi au sens de texte émanant du pouvoir législatif.

Quel est l'impact et quelles sont les conséquences de cet article sur la question des sources de droit que le juge administratif peut utiliser et surtout quel impact et quelles conséquences sur la jurisprudence comme source de droit.

3 - Impact et conséquence de l'article 147 sur les sources de droit du juge administratif et sur la valeur de la jurisprudence administrative

Ni la Constitution, ni les traités qui sont constitutionnellement supérieurs à la loi, ni les principes généraux du droit ne peuvent être des sources de droit pour le juge administratif ; l'exclusion de ces sources de droit résulte de l'application des dispositions de l'article 147 qui délimite ces sources à la seule loi et à la loi seule.

De même et surtout, les décisions de justice et surtout les arrêts de principes du juge administratif ne constituent plus une source de droit puisque ce juge et quel que soit le degré de juridiction ne se soumet qu'à la

38 - Exemples d'articles de la Constitution où le terme loi renvoie au texte législatif ; article 126 « la loi est promulguée... », seul un texte législatif est promulgué les autres textes juridiques sont publiés ; article 127 « le Président de la République peut demander une seconde lecture de la loi votée... », cette procédure n'est pas pour les autres textes juridiques ; et surtout l'article 98 « le parlement élabore et vote la loi » etc.

39 - L'expression « autorité administrative » est plus large que l'expression « institutions administratives » ; ces derniers se limitent à l'administration centrale et locale, alors que toutes les personnes prévues par la Constitution peuvent voir leurs actes pris dans le cadre d'une action de nature administrative relever du contrôle de légalité du juge administratif.

loi. Ainsi, la valeur de principe de certains arrêts n'aura plus aucun effet, le rôle du Conseil d'Etat n'aura aucun impact puisque chaque juge fera sa propre lecture de la loi lorsque cette dernière n'est pas suffisamment claire ou précise

Une autre conséquence assez inquiétante sur la mission du juge de dire le droit paraît suffisamment plausible ; en effet, quelle serait la position d'un juge administratif saisi d'une affaire ou d'une question pour laquelle le législateur n'a pas légiféré ? Doit-il rejeter le recours et sur quelle base ? Et si malgré l'absence d'une loi, le juge s'aventure à trancher le litige quelle serait la valeur juridique de sa décision ?

4 - L'article 147 et le pouvoir d'interprétation du juge administratif

L'interrogation que soulève principalement le titre de ce point 4 est de savoir si, malgré la clarté des dispositions de l'article 147 le juge administratif pourrait tout de même interpréter une loi à l'occasion de trancher les litiges administratifs qui lui sont soumis.

Si le texte législatif est clair, le juge, en vertu de l'article 147 (et d'ailleurs même en l'absence d'un tel article) appliquera fidèlement et totalement la loi.

Il en sera autrement si la loi n'est pas claire ou générale comme c'est parfois le cas ; dans ce cas, étant donné que le juge doit régler le litige, il serait amené à l'interpréter ; la décision qui en résultera n'aura nullement la valeur d'une décision de principe étant donné que l'interprétation est une opération personnelle et donc ne peut être imposée à d'autres juges dans des affaires similaires.

5 - position critique de l'article 147

Cet article dans sa rédaction actuelle remonte à une époque où la justice en général était au service d'un projet de société ; aujourd'hui, la justice et le juge administratif en tant qu'institution juridictionnelle garante du respect du principe de légalité doivent être au service de l'Etat de droit.

Il me paraît que cet article est une superfétation car les voies de recours sont l'occasion pour la plus haute juridiction administrative de vérifier, suite à une cassation administrative (et aujourd'hui à la suite d'un appel⁴⁰), si la loi est appliquée correctement par les juridictions administratives inférieures.

40 - Dans la répartition des compétences entre les juridictions administratives, le Conseil d'Etat est en même temps juridiction d'appel et juridiction de cassation.

CONCLUSION

L'analyse et les développements de cette étude ne sont pas le résultat d'une théorie ou d'une doctrine, ils découlent d'une lecture du droit positif composé des articles de la Constitution relatifs au pouvoir judiciaire et des textes législatifs concernant le Conseil d'Etat et la procédure administrative.

La pratique jurisprudentielle, à partir de la lecture de l'ensemble des arrêts rendus en matière administrative, malheureusement indisponible, pourrait contredire les conclusions de cette étude.

En tout cas, une justice administrative sans la jurisprudence administrative, c'est comme un pouvoir judiciaire sans âme.