

# Les sources du droit administratif – Évolution et actualité de l’“exception administrative”

Boris Barraud

► **To cite this version:**

Boris Barraud. Les sources du droit administratif – Évolution et actualité de l’“exception administrative”. La Revue administrative, Economica, 2010-2014, 2013, p. 497 s. hal-01367551

**HAL Id: hal-01367551**

**<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-01367551>**

Submitted on 16 Sep 2016

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Boris Barraud, « Les sources du droit administratif – Évolution et actualité de l’“exception administrative” », *Revue Administrative* 2013, p. 497 s.

*manuscrit de l’auteur*



Au doyen Vedel s'interrogeant sur le sujet<sup>1</sup>, il faut répondre, avec d'autres, que le droit administratif ne saurait demeurer indéfiniment jurisprudentiel et que l'heure est au « rééquilibrage des sources écrites et jurisprudentielles »<sup>2</sup>. L'« exception administrative » apparaît aujourd'hui moins éclatante qu'hier. Et ces premiers mots ne sont en aucun cas les prémisses d'un quelconque réquisitoire contre le juge créateur de droit ; il s'agit simplement d'une observation empirique : les magistrats de l'ordre administratif en reviennent à leur mission première – et normalement unique – d'application du droit. L'heure est désormais à la compétition ou à la collaboration entre sources législatives et prétoriennes de ce droit devenu mixte. Car face à l'histoire, la logique et les qualités du droit administratif se dressent dorénavant l'impérialisme – légitime – du législateur et l'influence kelsénienne. Le caractère révolutionnaire, d'un point de vue doctrinal, de ce qui n'est qu'une évolution plutôt lente et parfaitement naturelle des sources du droit administratif justifie que quelques lignes lui soient consacrées. C'est d'une transformation de la matière la plus emblématique et cardinale parmi le droit public français dont il est question ; l'« exception administrative », « exception française » parmi tant d'autres.

Lorsque, en 1873, le Tribunal des conflits refuse l'application du droit commun à l'action administrative au motif que la poursuite de l'intérêt général appelle un traitement dérogatoire<sup>3</sup>, il ne se trouve évidemment nulle législation prévoyant des règles *ad hoc* applicables à l'ouvrage de l'administration. Le couperet du déni de justice obligeant les juges, quelles que soient les circonstances juridiques, à statuer<sup>4</sup>, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits – « législateurs » non-démocratiques – se sont retrouvés dans l'obligation de créer, de toutes pièces, ni plus ni moins que la moitié du droit intéressant les citoyens français, soit les règles applicables à leurs relations avec les institutions publiques. Ainsi le juge administratif a-t-il fait œuvre créatrice et forgé « son » droit, loin des hémicycles et de la représentation nationale, de manière totalement dépendante des contentieux et problèmes de droit soulevés à ces occasions. Où se voit justifié le recours à l'expression « exception administrative »<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> G. VEDEL, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, n° 31, 1979, pp. 31 s.

<sup>2</sup> T. LARZUL, *Les mutations des sources du droit administratif*, L'Hermès, 1994, p. 275. Quant à l'emploi des expressions « sources jurisprudentielles » et « sources écrites », il faut préciser que ces dernières sont entendues en tant que sources directes et démocratiques (soient la loi et le règlement), alors que les premières sont indirectes et non-démocratiques. L'on n'ignore évidemment pas que les décisions de justice sont consignées elles-aussi dans des documents écrits.

<sup>3</sup> T. confl., 8 fév. 1873, *Blanco*.

<sup>4</sup> C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».

<sup>5</sup> Pour le dire plus clairement, cette formule sert à désigner le fait que si, dans le droit commun, la loi est la source principale des normes, le droit administratif s'organise, lui, historiquement autour de la jurisprudence. Il s'agit, dans la présente étude, d'observer l'actualité de ce phénomène, ses mutations et ses conséquences.

Le caractère prétorien du droit administratif, justifié par son histoire et par sa singularité, le distingue fondamentalement du droit privé et d'aucuns estiment que c'est là sa chance ou sa force, si ce n'est son essence même<sup>1</sup>. Pour autant, l'insécurité et la complexité juridiques que ledit caractère emporte inévitablement ont attiré l'attention des pouvoirs législatif et exécutif. La « textualisation » et, plus encore, la codification du droit administratif ont alors débuté. Mais les lois intervenues n'ont souvent été que la compilation et la systématisation de solutions jurisprudentielles antérieures ou l'élaboration de propositions particulières et ponctuelles encadrées par les principes et directives définis par la jurisprudence. Et la tâche des sources écrites est aujourd'hui loin d'être achevée. Partant, la réalité des sources du droit administratif, l'actualité de l' « exception administrative », paraissent plus que jamais délicates à cerner<sup>2</sup>. Observée depuis la cime de la pyramide des normes, la jurisprudence est, du point de vue de la validité, inférieure à la loi ; cependant, du point de vue de la valeur, elle inspire et même légitime souvent le travail du législateur. Si les textes prennent, en quantité, le pas sur la jurisprudence, pareil constat est loin d'être transposable en termes qualitatifs. Le juge administratif automate, réduit à l'application mécanique de la loi et à « combler les lacunes » du droit écrit<sup>3</sup>, « puissance en quelque sorte nulle »<sup>4</sup>, demeurera encore longtemps pure fiction.

Il faut, ici comme ailleurs<sup>5</sup>, éviter à tout prix de succomber à la « loi de la bipolarité des erreurs »<sup>6</sup>, cette sorte de balancier intellectuel qui ne permet à l'esprit de se délivrer d'un cercle d'égarements seulement en succombant aussitôt à un autre. S'il y a longtemps que le droit administratif n'est plus uniquement jurisprudentiel, il n'est en aucun cas devenu uniquement législatif et réglementaire. La jurisprudence n'est ni une source tarie, ni une source intarissable ; et cela vaut d'ailleurs, à des degrés divers, bien au-delà de l' « exception administrative ». Car, loin des appréhensions manichéennes du droit, tout n'est qu'(instables) équilibres, tendances, flux et reflux entre des forces plus ou moins visibles et dont la confrontation débouche sur les normes positives. La réalité du droit administratif et de ses sources est donc nécessairement emplie de complexité, de contradictions et de vérités fragiles et temporaires. Mais il existe également des lignes de force dont il faut prendre l'empreinte à l'heure de célébrer, déjà, le 140<sup>e</sup> anniversaire de l'arrêt *Blanco*.

<sup>1</sup> Sur la difficulté à trouver un critère du droit administratif, cf. toutefois le célèbre article de J. RIVERO, « Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RDP*, 1953, pp. 280 s.

<sup>2</sup> Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, 15<sup>e</sup> éd., Montchrestien, coll. « Précis Domat », 2001, pp. 26 s.

<sup>3</sup> J.-M.-E. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » (1801), reproduit in *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, pp. 30 s.

<sup>4</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), livre XI, chapitre VI, p. 268.

<sup>5</sup> Cela vaut tout particulièrement pour la théorie du droit.

<sup>6</sup> G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrin, 1977, p. 20.

Malgré le regard chaque jour plus vif porté par le législateur sur le droit administratif, ce dernier demeure *fondamentalement* jurisprudentiel – approche qualitative des normes – (I). Suivant la pensée d'Édouard Laferrière, l'action du juge est indispensable parce que lui seul « peut faire la part entre les principes permanents et les dispositions contingentes, établir une hiérarchie entre les textes, remédier à leur silence, à leur obscurité, à leur insuffisance en s'inspirant des principes généraux du droit et de l'équité »<sup>1</sup>. Néanmoins, l'inflation législative au cours des dernières décennies et l'épaisseur actuelle des codes conduisent à observer également que ce droit réside *intensément* en la loi et le règlement – approche quantitative des normes – (II). Ainsi le tableau du droit administratif a-t-il été peint en plusieurs temps et par plusieurs mains : tout d'abord, les juges ont tracé les grandes lignes, ont posé les principes cardinaux de la matière ; ensuite, le législateur a peint les détails, précisé les régimes juridiques des multiples activités de l'administration. Où l'on comprend pourquoi les étudiants des facultés de droit sont principalement confrontés à l'élégance des jurisprudences alors que les avocats doivent affronter les labyrinthiques codes.

## I. Qualitativement : un droit fondamentalement jurisprudentiel

Toutes les règles et notions fondamentales qui régissent aujourd'hui le droit administratif, du service public à la police administrative, ont été établies et circonscrites par le Conseil d'État, parfois épaulé par le Tribunal des conflits. En particulier, les principes généraux du droit sont, par définition, des créations prétoriennes. De plus, la jurisprudence, mieux que la loi, est capable de conférer au droit le caractère d'adaptabilité nécessaire pour pouvoir accompagner une action administrative sensible à des mutations sociétales dont la cadence s'intensifie au fur et à mesure que le XXI<sup>e</sup> siècle se déroule (A). Malgré des inconvénients non négligeables et des critiques qu'il faut soulever, *a fortiori* dans le cadre d'un État de droit (B), le droit administratif demeurera encore longtemps sous l'influence, au moins implicite, des juges. En effet, lorsque le législateur entend sécuriser ce droit en lui apposant un timbre formel, il s'inspire très largement de la jurisprudence, laquelle est, à ses yeux, une autorité qu'il faut non seulement consulter, mais aussi écouter. Ensuite, celle-ci vient – ou non – confirmer la pertinence des textes au terme d'une sorte de « boucle étrange »<sup>2</sup> (C). Approchée sous l'angle qualitatif, la réalité du droit administratif ne serait donc pas celle d'une dialectique entre juge et législateur mais plutôt celle d'un succédané du fameux « gouvernement des juges ».

<sup>1</sup> Cité par J. R. C. T., « Le caractère jurisprudentiel du droit administratif », 25 août 2009, en ligne : <[lemonde.fr/2009/08/25/le-caractere-jurisprudentiel-du-droit-administratif/](http://lemonde.fr/2009/08/25/le-caractere-jurisprudentiel-du-droit-administratif/)>.

<sup>2</sup> Expression empruntée à D. HOFSTADTER, *Je suis une boucle étrange*, Dunod, 2008.

## **A. La jurisprudence, source indispensable à la vitalité du droit administratif**

C'est un élément qui est à présent acquis, les lignes essentielles – et donc la structure – du droit administratif trouvent leur origine dans l'activité des hauts magistrats de l'ordre administratif.

Mais la jurisprudence – et c'est un petit paradoxe – œuvre également dans le sens de l'évolution des normes. Elle assure l'adéquation entre les actes administratifs et la réalité du contexte social et des mœurs ; et elle intègre dans ses décisions, dans une certaine mesure, les circonstances particulières de chaque espèce. Le droit administratif n'est pas une statue de marbre, il se bonifie avec le temps en modifiant l'équilibre des intérêts en cause ; ainsi diffère-t-il selon que l'administration use de ses prérogatives de puissance publique ou non, selon qu'elle agit dans un but d'intérêt général ou non, selon que les circonstances sont exceptionnelles ou non. Parce que prétorien, ce droit parvient à surmonter la principale pierre d'achoppement qui se dresse sur son chemin : la difficulté à concilier en toutes circonstances l'existence de prérogatives exorbitantes en les mains de l'administration avec la préservation des droits et libertés des citoyens<sup>1</sup>. Quant à l'administration elle-même, il semble qu'elle accepte davantage le droit implicite des juges que le droit explicite et brutal des lois. Hormis quelques revirements spectaculaires de temps à autre, la jurisprudence garantit des changements progressifs, par étapes, notamment grâce à son caractère non-officiel et au besoin de relais s'inscrivant dans le temps. Elle ne prend donc pas cette lourde machine bureaucratique et parfois archaïque de front, lui épargnant des révolutions qu'elle ne supporterait que difficilement.

En outre, la jurisprudence administrative est un droit savant, rendu par des experts de la matière, ce qui présume des grandes qualités de son contenu. Il n'est pas assuré que députés et sénateurs possèdent la même capacité intrinsèque à se fondre dans la logique administrative, qu'ils soient capables de s'inscrire dans la démarche de rigueur et d'approfondissement qu'exige ce droit. Car, avant d'espérer le modifier sans l'altérer, il faut déjà être « arrestophile » et donc se plonger sans modération dans la lecture des grands arrêts et autres grandes décisions, ce qui, pour les « vrais » administrativistes est le travail d'une vie<sup>2</sup>.

Enfin, la jurisprudence permet et permettra toujours de combler les faiblesses ou vides législatifs qui, quelle que soit la bonne volonté des parlementaires, s'avèrent inévitables.

---

<sup>1</sup> Cf. B. PACTEAU, « À propos des Grands arrêts du contentieux administratif », *RFDA*, n° 3, mai 2008, pp. 519 s.

<sup>2</sup> F. MELLERAY, « Le droit administratif doit-il redevenir jurisprudentiel ? Remarques sur le déclin paradoxal de son caractère jurisprudentiel », *AJDA*, n° 12, 28 mars 2005, p. 637.



## B. La jurisprudence, source non-démocratique, inaccessible et incertaine du droit administratif

Les grandes qualités que son caractère prétorien confère au droit administratif ne l'empêchent pas de posséder également un côté obscur et d'être l'objet de vives critiques, si bien que ledit caractère a pu être désigné comme la principale faiblesse de ce droit<sup>1</sup>. Tout d'abord, la jurisprudence apparaît doublement anti-démocratique. D'une part, les magistrats, à l'inverse des parlementaires, ne sont pas élus, ne sont pas les représentants de la nation souveraine. Et leur pouvoir normatif, bien qu'implicite, est contraire aux règles de l'État de droit et de la Constitution ; il s'agit d'une atteinte patente au principe de séparation des pouvoirs et, plus concrètement, aux articles 34 et 37 de la Constitution. Toutefois, un juge qui, alors qu'il n'a nul texte applicable à sa disposition et que sa responsabilité peut être engagée pour déni de justice, ne pourrait pas créer au moins la règle à appliquer dans le cas d'espèce serait un juge à plaindre.

D'autre part, le droit jurisprudentiel est anti-démocratique parce qu'il demeure le plus souvent confidentiel, difficile d'accès, hermétique aux yeux des profanes. C'est d'ailleurs ce qui a motivé le doyen Vedel à plaider pour sa remise en cause. Un droit sans textes est nécessairement un droit dont l'étude et le maniement sont réservés à des juristes spécialisés, ayant accès aux décisions de justice, suivant leurs évolutions, renouvellements et revirements et, ainsi, connaissant seuls l'état du « droit positif ». Les administrés se trouvent, eux, devant un mur opaque ; lorsque parties au procès, ils ne peuvent guère estimer leurs chances de succès sans assistance. La jurisprudence administrative est un complexe dédaléen et, si nul n'est censé ignorer la loi, aucune règle ne dispose – et c'est heureux – que « nul n'est censé ignorer la jurisprudence ».

Le laconisme des arrêts entretient son incommunicabilité et la multiplicité des sens et donc des interprétations possibles<sup>2</sup>. Pour tenter de parvenir à une compréhension satisfaisante de la jurisprudence administrative, outre la consultation des décisions et arrêts, s'impose la lecture des commentaires les accompagnant et, nécessairement, les éclairant d'une analyse pluridimensionnelle. Dès lors, le droit administratif serait en faits autant doctrinal que jurisprudentiel<sup>3</sup>. Toutefois, si les lois et codes en la matière sont plus aisément accessibles d'un point de vue physique, formellement leurs contenus ne sont certainement guère plus limpides. Ce n'est pas la jurisprudence mais bien le droit administratif qui s'apparente à un dédale.

Et puis – et ce n'est pas le moindre des maux –, lorsqu'un juge, à l'occasion d'un contentieux, « découvre » une règle de droit – en réalité il la crée de toutes pièces –, il l'applique ensuite rétroactivement à des faits au cours desquels elle

---

<sup>1</sup> J.-F. BRISSON, A. ROUYÈRE, *Droit administratif*, Montchrestien, 2004, p. 17.

<sup>2</sup> A. DE LAUBADÈRE, « Le Conseil d'État et l'incommunicabilité », *EDCE*, n° 31, 1979, p. 17.

<sup>3</sup> P. GONOD, O. JOUANJAN, « À propos des sources du droit administratif », *AJDA*, n° 18, 16 mai 2005, p. 992.

n'existait pas encore. Partant, la réponse judiciaire ne pouvait être anticipée par les futures parties ; la sécurité juridique se voit subrogée par l'incertitude juridique. Aussi les vertus pédagogiques de pareille règle de droit prétorienne sont-elles limitées : elle sanctionne mais n'encadre pas les actes des citoyens et organes publics, lesquels la précèdent. Et alors que les « revirements de législation » peuvent être anticipés et pris en compte avant tout procès, les revirements de jurisprudence sont parfois aussi soudains qu'inattendus. La prévisibilité, normalement pierre angulaire du droit, est alors en grave péril et les principes de légalité et de non-rétroactivité restent à la lisière du droit administratif, droit intrinsèquement jurisprudentiel et rétroactif<sup>1</sup>.

Ces inconvénients propres, au-delà du droit administratif, à tout droit d'essence prétorienne<sup>2</sup> ont probablement justifié l'intervention de plus en plus intensive des sources législatives et règlementaires – donc démocratiques – et l'émergence d'îlots de droit écrit et codifié au milieu de l'océan jurisprudentiel. Si ces îlots sont rapidement devenus des continents, cet océan n'est certainement pas en voie d'évaporation et la jurisprudence administrative demeure sur son solide piédestal. Qualitativement, nul ne la concurrence.

### C. La jurisprudence, source à l'autorité inébranlable du droit administratif

Appréhendés sous un angle formaliste, à travers le prisme de la sacrosainte pyramide des normes, il semble que les juges administratifs voient leur capacité normative affaiblie par la soumission à des lois nouvelles, régissant des domaines jadis totalement abandonnés au libre-arbitre des tribunaux : droits des marchés publics, de la fonction publique ou de l'environnement par exemple. Cependant, qui creuse en dessous de l'enveloppe formelle et dépasse l'approche kelsénienne par trop superficielle s'aperçoit que, substantiellement, le juge administratif demeure la source première de nombre de normes et que son ombre est omniprésente lors du processus législatif. De plus, c'est à lui qu'incombe la mission ultime et pratiquement décisive d'effectuer la transition entre loi générale et impersonnelle et réalité de l'activité des citoyens et des pouvoirs publics, soit d'appliquer et, souvent, interpréter l'œuvre des parlementaires.

Lorsque le législateur grave dans le marbre une quelconque solution jurisprudentielle, il n'en est évidemment pas le créateur, pas la source matérielle qui demeure la décision du juge. Si la loi devient le nouveau lieu de résidence de la norme, il s'agit en quelque sorte d'une « codification à droit constant de la

<sup>1</sup> Pour une étude approfondie, cf. N. MOLFESSIS, dir., *Rapport sur les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Litec, coll. « Pratique professionnelle : procédure », 2005.

<sup>2</sup> Cf. par exemple C. DEBBASCH, « Les sources du droit administratif. Permanence et novation », *D.*, 1971, pp. 255 s.



jurisprudence ». Suivant la logique hiérarchique du positivisme juridique, la loi absorbe la jurisprudence ; mais, *in concreto*, par cette transformation de la valeur juridique de la règle de droit, l'autorité de la jurisprudence n'est non pas amoindrie mais renforcée. Elle se voit officialisée et son accession au noble rang de loi – là où le juge ne peut produire qu'un tiers-droit – consacre sa pertinence. Finalement, seul l'habillage juridique est modifié<sup>1</sup>. Dès lors, le droit administratif, à l'origine explicitement prétorien, deviendrait pas à pas implicitement prétorien. Où se retrouve la distinction entre un droit qualitativement issu de la jurisprudence et quantitativement issu de la loi et du règlement, le terme qualitatif se rapportant alors à une appréhension substantielle des normes et le terme quantitatif à une appréhension formelle.

Une fois le Parlement intervenu, lorsqu'il revient au juge de mettre en œuvre le nouveau texte, deux situations sont à envisager. En premier lieu, si le législateur a confirmé une jurisprudence antérieure, les magistrats se cantonnent bien volontiers au rôle subalterne de « bouche de la loi », s'efforçant de lui conférer tout son sens. Co-auteurs de la loi, ils ont usé de leur pouvoir normatif en amont du processus législatif et s'en tiennent à la ligne directrice qu'ils ont fixée. En second lieu, s'il est venu à l'idée du législateur de remettre en question la règle jurisprudentielle, alors ils peuvent s'appuyer sur les inévitables carences du texte pour le compléter et même le détourner. Tantôt par une interprétation extensive, tantôt par une interprétation restrictive, ils renouent avec leur pouvoir de création. Ainsi, dans l'un comme dans l'autre cas, l'intervention des sources formelles ne portent que marginalement atteinte à la « liberté de création » des juridictions administratives. Il est peu probable que les juges administratifs acceptent un jour de ne plus être que les relais nécessaires de lois dont les caractères général et impersonnel sont des limites ; et cette matière est bien la plus symptomatique, en France, de la congruence des thèses réalistes – tout du moins pour ce qui est des thèses scandinaves –.

Enfin, bien qu'il ne s'agisse alors que de « jurisprudence » dans un sens très large, le Conseil d'État, par son pouvoir de rendre des avis sur les projets de loi qui lui sont soumis ou sur certains points de droit particulièrement délicats, exerce une influence parfaitement transparente sur la législation administrative – et au-delà –. Lorsqu'il invite à préciser, renforcer ou alléger certaines dispositions, il est le plus souvent suivi, tant son aura, surtout en la matière publique, est grande. Sa connaissance et sa pratique ininterrompues de ce droit depuis des décennies obligent le législateur à ne le contredire qu'avec parcimonie et ménagement. En outre, il n'est pas rare que les textes soient élaborés, avant d'être discutés, par des groupes de travail formés au sein même de la haute juridiction ou par certains de ses membres incorporés dans les cabinets ministériels.

<sup>1</sup> S. THÉRON, « La substitution de la loi à la jurisprudence administrative : la jurisprudence codifiée ou remise en cause par la loi », *RFDA*, n° 230, mars 2004, p. 230.

Bien que la formule évolue au fil des années, le droit administratif demeure profondément jurisprudentiel – approche qualitative –. L'ouvrage créateur du juge est non seulement omniprésent, mais aussi nécessaire. Toutefois, trop inaccessible et à l'origine d'une insécurité juridique galopante, ce droit d'inspiration prétorienne devait devenir intensément écrit – approche quantitative –. Ont ainsi été sauvés à la fois l'essentiel et les apparences<sup>1</sup>.

## **II. Quantitativement : un droit intensément législatif et réglementaire**

Le droit écrit s'est progressivement imposé dans l'univers juridico-administratif, d'abord sous la forme de lois et règlements épars, puis à travers de grandes codifications. La volonté de faire du droit administratif un droit émanant, formellement et quantitativement, des sources démocratiques et écrites s'explique par la recherche d'une meilleure sécurité juridique, de plus de simplicité et même de plus de légitimité (A). Mais il est douteux que les pouvoirs publics aient atteint les objectifs qu'ils s'étaient assignés, ce droit étant devenu, en plus de complexe, politique (B). Aussi, entre aspects qualitatif et quantitatif, entre points de vue matériel et formel, entre jurisprudence et législation, un portrait de la réalité représentant l'hégémonie de l'une ou l'autre source ne saurait-il émaner que de pinceaux fort peu scientifiques et en proie aux partis pris. L'objectivité conduit nécessairement à conclure que la vérité réside désormais en un équilibre – instable et fragile – des sources. Mais, dans cet équilibre, la loi se taille la part du lion, en tout cas en apparence (C).

### **A. La loi, source sécurisante du droit administratif**

Face aux inconvénients, aux dangers même, d'un droit par trop abandonné à la volonté des tribunaux, les textes se sont multipliés de manière quasi-exponentielle au cours des dernières décennies. Ils offrent aux citoyens comme aux organes administratifs la possibilité de se référer et de conformer leurs actions à des règles stables et aisément accessibles. L'État de droit, malmené par la jurisprudence, retrouve alors un semblant de vigueur : égalité de traitement, non-rétroactivité, sécurité juridique et accessibilité du droit accompagnent, normalement, la prise de pouvoir de la loi. Et puis, contrairement au juge administratif, le législateur est constitutionnellement habilité à édicter des normes valides dans l'ordre juridique national, ce qui leur confère une légitimité formelle éminemment supérieure.

---

<sup>1</sup> L'essentiel réside dans la qualité des normes quand les apparences découlent de la quantité de normes.

La codification permet, quant à elle, de pousser plus avant la logique d'amélioration et d'organisation du droit administratif<sup>1</sup>. Tout d'abord, en le rendant plus cartésien, elle facilite l'accès au droit administratif et améliore sa lisibilité. Effectuée à droit constant le plus souvent, elle permet d'ordonner le grand foisonnement des lois, anarchiquement empilées au fur et à mesure des législatures. Le droit administratif se trouve alors divisé en différents chapitres, soient différents codes correspondant à différentes matières répondant à des logiques propres. De plus, la codification favorise la sécurité juridique. Dès qu'une loi vient abroger un texte antérieur, le code concerné est actualisé et le justiciable qui le consulte est toujours assuré de l'actualité et applicabilité des règles<sup>2</sup>. Évidemment, cela est plus vrai pour les versions en ligne des codes que pour leurs versions papier. Enfin, la codification participe également d'un processus de légitimation du droit administratif. En effet, selon certains, existerait un complexe d'infériorité du juge administratif par rapport au juge civil auquel elle permettrait de mettre fin<sup>3</sup>. Car là où la Cour de cassation peut depuis toujours s'appuyer sur le Code Napoléon, monument de la culture juridique française, les juges administratifs ont longtemps été dépourvus de ce ciment textuel qui permet de renforcer les fondations de leurs jugements.

*A priori*, chercher à substituer le droit écrit au droit jurisprudentiel est une intention qui doit être saluée, peu important que le contenu de ce droit demeure, lui, peu ou prou identique à celui de la période ante-législative. En la matière juridique plus que nulle part ailleurs, il n'est pas inhabituel que la forme prime le fond. Si les pouvoirs législatif et exécutif s'appuient sur une conjoncture juridique qui précède leur intervention, l'important est que cette dernière facilite l'application et le respect des règles en modifiant leur statut. Néanmoins, ce serait une caricature que d'affirmer que le Parlement en est réduit au rôle de « bouche de la jurisprudence » ; il va de soi qu'il cherche toujours à actualiser les régimes juridiques établis antérieurement par les juges, qu'il les structure et, avec plus ou moins de profondeur, les retoque.

Finalement, si bien souvent la loi et, dans une moindre mesure, le règlement ne créent pas à proprement parler le droit – ils en créent l'habit mais pas le corps –, ces sources nouvelles à l'échelle du droit administratif ont le mérite de renforcer sensiblement la cohérence du système juridico-administratif, de le moderniser pour

<sup>1</sup> Par exemple, cf. P. GONOD, « La codification de la procédure administrative », *AJDA*, n° 9, 6 mars 2006, pp. 489 s.

<sup>2</sup> C'est d'ailleurs pour cette raison qu'à la codification administrative, originellement envisagée, s'est substituée la codification législative. Suite au décret n° 48-800 du 10 mai 1948, la codification est intervenue d'abord par voie de décret en Conseil d'État, tant pour la partie législative que pour les dispositions réglementaires. Si cette méthode avait le mérite de garantir une certaine rapidité, elle s'est révélée risquée puisque les lois codifiées n'étaient pas abrogées. La juxtaposition des textes résultant de cette situation était source de confusion.

<sup>3</sup> F. MELLERAY, « Le droit administratif... », précité, p. 637. Cf. également G. J. GUGLIELMI, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX<sup>e</sup> siècle », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, vol. 8, 1996, pp. 109 s.

le rendre plus efficace ; ce que l'on attend de normes juridiques. Ce sont l'administration comme les administrés qui en profitent.

## B. La loi, source complexe et politisée du droit administratif

Le recours aux sources écrites du droit ne saurait être épargné par les critiques. Celles-ci se concentrent, en premier lieu, sur le fait qu'elles ne soient guère parvenues, *de facto*, à rendre le droit administratif plus accessible, plus lisible. Les efforts louables de codification entrepris n'ont, pour l'heure, pas permis de décomplexifier la matière. Peut-être la tâche est-elle trop importante, si ce n'est impossible à accomplir. D'aucuns, suivant les auteurs les plus classiques tel que Édouard Laferrière<sup>1</sup>, diront que le droit administratif, vaste et malléable, est incodifiable, ou codifiable seulement de manière partielle. Bien que la question soit subjective, il n'est même pas assuré que ces travaux n'aient pas, en définitive, rajouté une couche de complexité au-dessus de celle déjà existante. En accord avec l'ère du temps, le droit administratif serait voué à demeurer un « droit mou, flou et gazeux »<sup>2</sup> que la codification ne fige que de façon éphémère.

Au-delà, de l'accès physique (ou numérique) à l'information juridique, rien ne garantit qu'une loi ou un recueil de lois soit plus accessible, d'un point de vue cognitif, qu'une jurisprudence ou un recueil de jurisprudence. Le droit administratif est naturellement spécial et technique, donc délicat à assimiler. Aussi est-ce l'édiction, la formulation même des lois qui est en cause et conduit à appeler, plus qu'à un effort de codification, à un effort de clarification et de simplification des textes afin d'éclairer ce droit toujours obscur<sup>3</sup>. Mais l'équilibre n'est pas aisé à trouver entre l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité de la loi et l'évidente nécessité d'édicter des textes suffisamment précis pour pouvoir être appliqués, pratiqués. Certes, nul n'est censé ignorer la loi, mais celle-ci reste un outil technique à la disposition de techniciens que sont les juges ou les avocats. Et la complexification permanente des affaires du monde, que le droit veut maintenir sous sa coupe, n'arrange rien. À moins de trahir les normes, il est difficile de simplifier un texte qui, par exemple, dégage un principe entouré d'une myriade d'exceptions. Qui le ferait risquerait, par la simplification des mots, d'obscurcir paradoxalement leur sens. Le Conseil d'État peut bien dénoncer la « prolifération des textes » et

<sup>1</sup> Cf. ses développements dans son célèbre *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2<sup>e</sup> éd., Berger-Levrault et C<sup>ie</sup>, Paris-Nancy, 1896.

<sup>2</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2006. Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, coll. « Études et documents du Conseil d'État », 2006, p. 229 ; cf. également, sur les nouveaux caractères du droit, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, coll. « Quadrige », 2004, *passim*.

<sup>3</sup> Cette relativisation des mérites de la codification était déjà portée par Portalis lui-même ; ainsi se demandait-il si « le code même le plus simple serait à la portée de toutes les classes de la société ». J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire... », précité.

l'« instabilité des règles »<sup>1</sup>, les réponses potentielles à ces maux n'en sont pas dès lors qu'elles en engendrent d'autres. Il ne faut certainement pas préférer un droit plus clair si cela signifie moins de droit<sup>2</sup>.

La non-simplification du droit administratif par la législation s'explique également par le fait qu'entre la publication de la loi et celle de ses décrets d'application, il s'écoule toujours un temps, parfois très long, particulièrement propice à la confusion : il n'est pas toujours aisé de savoir si la norme récemment publiée est bel-et-bien applicable ou si des dispositions transitoires le sont. Autant de problématiques que contourne un droit jurisprudentiel.

La critique des sources écrites du droit administratif s'organise également autour d'un tout autre argument : les lois, à l'inverse des décisions de justice, ne seraient pas assez neutres politiquement. Et le Conseil d'État de vilipender la « multiplication des textes d'affichage politique »<sup>3</sup>. Alors que la jurisprudence, s'appuyant sur quelques textes nécessaires, suffirait à assurer la production d'un droit de qualité – plutôt qu'en quantité –, le législateur tient à multiplier ses interventions afin, d'une part, d'exposer sa haute ambition régulatrice et, d'autre part, de mettre en œuvre les choix et orientations opérés par le gouvernement. Si en matière économique et sociale il apparaît normal – c'est la concrétisation des plus hauts principes démocratiques – que le choix de la norme législative ne soit pas neutre, il en va différemment en matière administrative où l'action doit être continue et objective. En outre, contrairement à la décision de justice, la loi est un acte étatique très médiatique. C'est d'ailleurs par crainte des réactions populaires éveillées par la presse que le législateur renonce parfois à certains projets<sup>4</sup>. Mais, *a contrario*, il n'est pas rare qu'il attende la médiatisation la plus forte de son action<sup>5</sup>. Partant, l'instrumentalisation de la loi serait à l'origine tantôt d'une inflation législative purement démagogique, tantôt de vides législatifs volontaires. La recherche précitée d'un droit plus accessible et lisible n'est plus alors qu'un lointain objectif ; c'est alors qu'il faut regretter le temps où le droit était totalement abandonné à la grande déontologie des juges. Évidemment – et heureusement –,

<sup>1</sup> Conseil d'État, *Rapport public 2006...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>2</sup> En matière de droit des contrats publics, par exemple, le Code des marchés publics est un chantier quasi permanent. Et le législateur a multiplié les régimes spéciaux, ce qui a eu pour effet d'alourdir sensiblement ce droit.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Le meilleur exemple est ici celui de l'absence de réglementation du droit de grève dans la fonction publique : « [le législateur] n'est-il pas fondé à juger hasardeux de régler par un texte légal certaines questions brûlantes et délicates aux incidences sociales et politiques redoutables ? ». O. DUPEYROUX, « La jurisprudence, source abusive de droit », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, 1960, p. 369.

<sup>5</sup> Ainsi est-ce probablement l'imminence des élections présidentielles qui a accéléré le vote de la loi de lutte contre la précarité dans la fonction publique du 12 mars 2012. Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012 relative à l'accès à l'emploi titulaire et à l'amélioration des conditions d'emploi des agents contractuels dans la fonction publique, à la lutte contre les discriminations et portant diverses dispositions relatives à la fonction publique.



seuls ont été évoqués ici les cas les plus symptomatiques ; beaucoup de lois demeurent de « bonnes » lois, utiles, pertinentes et efficaces.

### C. La loi, nouvelle source centrale du droit administratif

La quête légitime de sécurité et de clarté juridiques autant que la « mégalomanie » du Parlement ont abouti à un certain rééquilibrage parmi les sources du droit administratif. En effet, en face du processus de substitution formelle de la loi à la jurisprudence se dresse toujours la suprématie matérielle de la seconde sur la première. Mais, plus encore, peut-être est-ce un renversement de l'équilibre, au profit de la loi, qui s'est produit.

Sur le plan quantitatif, les textes de loi et codes administratifs ne cessent de se multiplier et d'aucuns soulignent l' « inflation législative française », phénomène qui dépasse allègrement le seul cas du droit administratif<sup>1</sup>. Il n'est plus que quelques niches jurisprudentielles qui échappent à la volonté régulatrice du législateur. Et leur nombre décroît de jour en jour ; ainsi le droit de l'environnement ou le droit du cinéma et de l'image animée disposent-ils désormais de codes *ad hoc*.

Sur le plan qualitatif, surtout, le droit administratif serait également de plus en plus écrit. Tout d'abord, seuls les organes législatifs et règlementaires jouissent de compétences constitutionnellement consacrées, ce qui confère *ab initio* aux normes qu'ils édictent une force supérieure à celle de la jurisprudence, sans présumer de leurs contenus. Grâce à ces prérogatives, ils peuvent optimiser et moderniser l'action administrative. À l'inverse, la marge de manœuvre des magistrats est ô combien plus réduite et leurs décisions ô combien moins stratégiques ; ils ne peuvent prendre aucune initiative et sont totalement dépendants des litiges qui leur sont soumis. Le législateur crée de nouvelles institutions afin de répondre à l'évolution des besoins – spécialement des autorités administratives indépendantes – et recouvre de normes certains domaines qui auparavant s'apparentaient à de véritables *no man's land* juridiques<sup>2</sup>. Toutefois, il n'est pas lieu ici de conclure que, qualitativement, la loi aurait dépassé la jurisprudence ; les étudiants des facultés de droit le savent mieux que quiconque.

<sup>1</sup> En 2007, 9 500 lois étaient en vigueur. Le *Journal officiel* est passé de 15 000 à 23 000 pages annuelles en vingt ans ; et le *Recueil des lois* de l'Assemblée nationale de 433 pages à près de 4 000 pages en trente ans. S. HUET, « L'inflation législative, une exception française », *Le Figaro*, 20 nov. 2007. L'émancipation du droit communautaire est bien-sûr une explication centrale, les législateurs nationaux étant tenus de modifier, abroger ou créer certaines règles afin de mettre leurs droits en conformité avec les directives, règlements et décisions des institutions supranationales.

<sup>2</sup> Une illustration remarquable réside en la « Loi informatique et libertés » de 1978. Loi n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.



\*

\* \*

Comme il l'avait ouverte, le doyen Vedel peut refermer la présente étude en interrogeant le lecteur : « À quoi ser[t] 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 ? »<sup>1</sup>. Durant les trente années qui se sont écoulées depuis que le Professeur s'est ainsi questionné, le législateur lui a allègrement répondu. Mais l'a-t-il convaincu ? Il semble en tout cas que le droit administratif soit aujourd'hui principalement écrit et, partant, démocratique ; cela ressemble à une certitude que, le processus étant en cours, le temps va renforcer petit à petit. Les juges se cantonnent désormais à l'interprétation des textes et les jurisprudences novatrices ne se bousculent plus sous les yeux des commentateurs, alors que, il y a un siècle, ceux-ci étaient régulièrement submergés par des créations prétorienne qui frappaient chaque jour plus nombreuses à la porte<sup>2</sup>. Et Kelsen, avec tous les normativistes – pour lesquels la mission du juge ne saurait déborder de la seule interprétation des lois, le tout formant une unité<sup>3</sup> –, de recouvrer un peu de quiétude. Car chercher le sens d'une loi absconse ne saurait s'analyser comme l'expression d'un pouvoir ; il s'agit simplement d'une obligation, celle de remédier aux carences du travail du législateur<sup>4</sup>.

Au moment de conclure, il faut encore insister, aux côtés de Portalis, sur le fait que tout droit « ne peut guère plus se passer de jurisprudence que de lois »<sup>5</sup>. Ces sources présentent chacune des avantages comme des inconvénients ; aussi ne doivent-elles pas être appréhendées comme des ennemies concurrentes mais comme des sœurs complémentaires. L'enjeu pour le droit est donc simple : trouver dans l'une les réponses aux défauts de l'autre et réciproquement. Il semble que ce soit la voie empruntée par le droit administratif.

Seulement, une telle évolution tend à conférer à ce droit toujours plus de complexité, laquelle le caractérise déjà depuis tant d'années. Et, malgré tous les efforts, cette complexité continuera inexorablement d'étendre son empire à mesure que de nouvelles normes viendront s'ajouter aux anciennes. Aussi ne s'agissait-il ici que d'un sommaire portrait des sources du droit administratif, portrait esquissé à grands traits. Car il faudrait, aux côtés de la loi et de la jurisprudence, s'intéresser à

<sup>1</sup> G. VEDEL, « Le droit administratif... », précité, p. 31.

<sup>2</sup> Seulement, en 140 ans, les tribunaux ont eu le temps de réaliser entièrement leur œuvre. Celle-ci étant achevée, il est normal qu'ils n'innovent plus autant qu'avant.

<sup>3</sup> Pour le meilleur exemple, cf. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, 1962, pp. 453 s.

<sup>4</sup> Cf. G. BRAIBANT, « Qu'est-ce qu'un grand arrêt ? », *AJDA*, n° 26, 17 juill. 2006, pp. 1428 s.

<sup>5</sup> J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire... », précité.

la doctrine – source matérielle essentielle – et à la coutume<sup>1</sup>. Quant à ce qui peut être qualifié de « documents référents »<sup>2</sup> – normes techniques élaborées par les experts et dont la nature interroge –, nul doute qu'ils sont devenus une source importante de normativité, si ce n'est de juridicité. Le nombre de ces recommandations, guides de bonnes pratiques et autres lignes directrices croissant de manière régulière, il n'est plus permis de les ignorer, à moins de rendre une analyse incomplète et archaïque. Peut-être le développement de pareille juridicité floue au cœur même du droit administratif signifie-t-il que celui-ci est entré dans l'ère du « droit postmoderne »<sup>3</sup>, ce qui ne serait pas la moindre de ses mutations.

À moins que le droit administratif ait été postmoderne avant que d'être moderne. Car, au cœur de sociétés qui muent de plus en plus vite, la capacité du Droit à résoudre des problématiques qui se multiplient, se diversifient et engendrent des lacunes de la loi de plus en plus béantes dépend très directement du pouvoir créatif des juges. Ainsi, que la place de ces derniers parmi les sources du droit administratif se réduise traduirait le fait que ce droit évolue à contre-courant des grandes tendances contemporaines – le Droit se globalise et devient pluriel, ce qui inclut une émancipation du pouvoir normatif de la jurisprudence –.

Mais, évoluer à contre-courant, n'est-ce pas ce qu'il fait inlassablement depuis 1873 ? L'« exception administrative » est plus vivante que jamais !

---

<sup>1</sup> Cf., P. JESTAZ, *Les sources du droit*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2005, *passim*.

<sup>2</sup> P. SABLIERE, « Une nouvelle source du droit ? Les “documents référents” », *AJDA*, n° 2, 15 janv. 2007, pp. 66 s.

<sup>3</sup> Sur l'idée de postmodernité juridique et ses caractéristiques, cf. B. BARRAUD, « Dictionnaire du droit postmoderne », in *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit et de la norme*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2012, pp. 305 s.