

peu », dirait Martin.
e est morte, et que
: « C'est beaucoup ».

1974

Jean RIVERO

Le juge administratif : Gardien de la légalité administrative ou gardien administratif de la légalité ? *

1 — Le juge administratif veille au respect de la légalité par les organes de ce que l'on appelle encore, par tradition et commodité, le pouvoir exécutif.

Cette vérité première, on l'exprime souvent par la formule : « Le juge administratif est le gardien de la légalité administrative ». De fait, la caractéristique du régime administratif, tel qu'Hauriou le définissait, est la soumission de l'action administrative à un droit fait pour elle, distinct du droit applicable aux particuliers. Rappeler l'administration au respect *du* Droit, c'est donc, en règle générale, la rappeler au respect de *son* Droit, de celui qui a été élaboré spécialement par le constituant, le législateur, le juge, ou par elle-même, pour régir ses actes. Malheureusement, les choses ne sont pas si simples ; et deux difficultés viennent d'entrée perturber cette ordonnance classique.

2 — La première, qui n'a pas échappé à Marcel Waline (1) (mais quel problème de droit administratif lui a échappé ?), affecte la notion même de légalité administrative. Dans le régime administratif, écrivait Hauriou (2), « il n'y a pas une seule espèce de lois, mais il faut distinguer les lois ordinaires et les lois administratives ». Seulement, ayant affirmé la distinction, il ne propose aucun critère permettant de l'appliquer dans la réalité juridique, et la définition des « lois administratives » ne semble pas avoir encore été donnée.

C'est évidemment par leur objet qu'on peut tenter de les caractériser : sont certainement administratives les lois qui décrivent les structures et règlent les compétences des personnes publiques administratives, collectivités ou établissements publics, qui organisent leurs services, et qui régissent leurs relations avec leurs agents.

* Mélanges offerts à Marcel Waline, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1974, p. 701-717.

(1) M. Waline, « A propos du rapport entre la règle de droit applicable au jugement d'un procès et l'ordre de juridiction compétent », *R.D.P.*, 1961, p. 8. Cf. p. 10, où l'auteur souligne la « difficulté... de définir ce qu'on doit entendre par règles spécifiques du droit administratif ».

(2) Précis de Droit administratif, 11^e éd., p. 2.

Mais, à côté de ce groupe dont les contours sont relativement aisés à cerner, faut-il considérer comme « lois administratives » toutes celles qui introduisent, dans des rapports entre particuliers normalement régis par le droit privé, une intervention de l'administration ? Qualifiera-t-on d'« administrative » la loi sur les conventions collectives, en tant qu'elle organise leur extension par le ministre ? La législation sur le remembrement est-elle une législation administrative ? On retombe ici dans des évidences : entre les « lois administratives » et les « lois ordinaires », pour reprendre la terminologie d'Hauriou, l'abandon du libéralisme a fait surgir une zone de transition, dans laquelle droit public et droit privé s'interpénètrent, et où les deux ordres de juridiction, peuvent être appelés à exercer leur compétence, selon la question posée par le plaideur. Si bien que les frontières de la « légalité administrative » et avec elles, la formule qui les confie à la garde du juge administratif, s'estompent et perdent de leur ancienne rigueur.

3 — La seconde difficulté est plus classique, et plus étudiée. Si, dans le système juridique français, l'administration agit normalement sous l'empire du droit qui lui est propre, son action peut cependant la mettre en contact avec les règles du droit privé ; celles-ci s'imposent alors à elle avec la même force obligatoire que les règles du droit public, car la légalité n'est pas divisible.

Cette mise en contact, beaucoup plus fréquente qu'on l'a cru longtemps (3), aboutit, du point de vue de la compétence contentieuse, à deux séries de situations différentes.

Le plus souvent, la soumission de l'activité administrative à une règle non-administrative place le débat contentieux dans le champ de la compétence judiciaire, soit par la décision du législateur — c'est le cas, depuis la loi du 31 décembre 1957, en ce qui concerne la réparation des dommages causés par les véhicules de l'administration —, soit en vertu de la théorie de la gestion privée : lorsque l'administration a pu, ou a dû, insérer son action dans un cadre de droit privé, c'est le juge normalement chargé d'en assurer l'application qui lui en impose le respect ; fond du droit et compétence demeurent alors liés. Plus délicates sont les hypothèses dans lesquelles l'acte administratif contesté relève, en tant que tel, de la compétence du juge administratif, mais se trouve, en tout ou partie, soumis à une règle étrangère au droit administratif.

On peut hésiter à englober dans cette catégorie les situations dans lesquelles le juge administratif décide d'appliquer, à un litige relevant de sa compétence, la règle qui, dans une situation identique, s'imposerait aux particuliers. Le débat reste ouvert, en effet, sur le point de savoir si l'adoption de la règle par le juge administratif

(3) C'est à Marcel Waline, non à Jean, que ces *Mélanges* sont offerts... Mais évoquer la thèse du fils, qui a mis en évidence, pour la première fois, l'importance de « l'application du droit privé par le juge administratif » (Jean Waline, *thèse*, Paris 1962), n'est-ce pas encore, indirectement, rendre hommage au père ?

ne suffit pas à l'intégrer, la règle conserve le caractère de son application par les particuliers. Ici dans cette controverse en cause la définition verbale dans la mesure même plus que sur le point pour rester dans la plénitude de la légalité dont le juge a au fond, définie par un texte élaboré pour l'administratif.

Une seconde série s'agit des cas dans lesquels au moins pour partie, de la décision individuelle concernée. Si l'administratif s'écarter des règles du droit public. Là encore, ce n'est pas la légalité à laquelle elle

Une dernière série précédentes, retenu l'administratif s'y attacher plus s'il est appelé à poser du droit administratif. La légalité du droit public qui s'applique au fond, sa règle de droit privé s'agit d'un règlement général de la matière.

4 — Quelle est, du point de vue administratif ?

Elle semble découler de la thèse de Septfonds à des situations a été élaborée. S'agit-il de droit privé ? Le juge prononce le sursis à statuer et trancher la question.

La même solution de droit privé est contenue dans la thèse bien connue de la solution d'une convention de certaines des clauses de la question préjudicielle.

(4) Cf. Ch. Eisenmann, *Le droit applicable en droit administratif*, Paris 1962, article 10.
(5) C.E., 4 mars 1962, *arrêt* Nicolay.

ne suffit pas à l'intégrer au droit administratif, ou si, à l'inverse, la règle conserve le caractère qu'elle tient de son origine en dépit de son application par les deux ordres de juridictions. On n'entrera pas ici dans cette controverse, tout à la fois essentielle puisqu'elle met en cause la définition même et l'autonomie du droit administratif, et verbale dans la mesure où elle porte sur la qualification du phénomène plus que sur le phénomène lui-même (4). On relèvera seulement, pour rester dans la perspective de cette étude, que, dans ce cas, la légalité dont le juge administratif se fait le gardien demeure, quant au fond, définie par des règles étrangères au droit spécialement élaboré pour l'administration.

Une seconde série de situations est tout aussi classique : il s'agit des cas dans lesquels la décision administrative se fonde, au moins pour partie, sur une situation régie par le droit privé. Ainsi de la décision individuelle conditionnée par l'Etat civil de la personne concernée. Si l'administration, dans l'appréciation de cette donnée, s'écarte des règles du droit civil, elle commet évidemment une illégalité. Là encore, ce n'est pas le droit administratif qui définit la légalité à laquelle elle est soumise.

Une dernière série d'hypothèses semble avoir, moins que les précédentes, retenu l'attention, et c'est pourquoi cette étude voudrait s'y attacher plus spécialement : celles dans lesquelles l'exécutif est appelé à poser des normes générales étrangères au droit administratif. La légalité externe de l'acte est alors régie par les règles du droit public qui s'imposent à toute décision de l'exécutif. Mais, quant au fond, sa régularité est fonction de sa conformité, soit à la loi de droit privé s'il s'agit d'un règlement subordonné, soit, s'il s'agit d'un règlement autonome ou d'une ordonnance, aux principes généraux de la matière.

4 — Quelle est, dans tous ces cas, l'attitude du juge administratif ?

Elle semble découler de la transposition de la jurisprudence Septfonds à des situations inverses de celles pour lesquelles celle-ci a été élaborée. S'agit-il d'apprécier une situation individuelle relevant du droit privé ? Le juge administratif, si la contestation est sérieuse, prononce le sursis à statuer, et laisse au juge judiciaire le soin de trancher la question préjudicielle.

La même solution s'applique lorsque la légalité d'un acte de droit privé est contestée devant le juge administratif. C'est l'hypothèse bien connue du recours formé contre l'arrêté portant extension d'une convention collective, et fondé sur l'illégalité prétendue de certaines des clauses de la convention. Là encore, la procédure de la question préjudicielle a été mise en œuvre (5).

(4) Cf. Ch. Eisenmann, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », Mélanges Maury, p. 379, et Marcel Waline, article précité, note 1, *R.D.P.* 1961.

(5) C.E., 4 mars 1960, Sté Le Peignage de Reims, D.S., 1960, p. 274, concl. Nicolay.

Par contre, de même que la jurisprudence Septfonds reconnaît au juge civil compétence pour interpréter toute acte administratif à portée générale, de même, lorsque la décision implique l'interprétation d'une règle générale du droit privé, le juge administratif retient sa compétence, et donne cette interprétation. Le Président Odent rappelle avec beaucoup de force le principe selon lequel « toute juridiction administrative est compétente pour interpréter tout texte législatif invoqué devant elle ou qui lui paraît applicable », et non seulement les lois administratives, mais encore « des lois à caractère principalement pénal,... civil,... commercial,... ou social » (Contentieux administratif, 1971, V, p. 1331) ; application particulière du principe plus général que le même auteur formule ainsi : « toutes les juridictions ont qualité pour donner l'interprétation d'un texte législatif ou réglementaire quelle que soit la matière qu'il règle » (I, p. 103, note 1). Il en résulte que, lorsqu'il exerce cette compétence, le juge administratif devient le gardien, non de la seule légalité administrative, mais de toute légalité. Ce rôle s'accuse davantage encore lorsqu'il est appelé à se prononcer sur la légalité interne d'un règlement de droit privé ; il ne se contente pas alors de rappeler, et d'interpréter, la loi et les principes généraux du droit privé, il veille à ce que les textes de rang inférieur qui s'y ajoutent n'en altèrent ni la lettre ni l'esprit.

S'agit-il là de situations exceptionnelles relevant de la simple curiosité juridique ? Ce fut longtemps le cas, et c'est pourquoi elles ont pu passer relativement inaperçues (I). Mais il n'en est plus de même aujourd'hui (II) et cela appelle peut-être quelques réflexions (III).

— I —

5 — Longtemps, le pouvoir réglementaire, source administrative de droit, est apparu comme étant, de façon quasi exclusive, source de droit administratif.

Il s'agit là, cependant, de deux aspects fondamentalement distincts de l'acte réglementaire, l'un formel et l'autre matériel.

Du point de vue formel, le règlement est source administrative de droit dans la mesure où la qualité de son auteur, organe de l'exécutif, lui confère le caractère d'acte administratif, soumis, comme tel, à l'ensemble des règles attachées à ce caractère. La solution a été définitivement acquise lorsque le Conseil d'Etat, dans l'affaire des grandes compagnies de chemin de fer, se fonda, pour écarter la fin de non recevoir à laquelle se heurtaient les recours formés contre des règlements d'administration publique, sur le fait que, bien qu'« accomplis en vertu d'une délégation législative,... ils émanent d'une autorité administrative » (6 déc. 1907, S. 1908, III, 1). On sait quels développements le principe ainsi posé a connus, par delà même l'exercice du pouvoir réglementaire, dans le sens de la

soumission aux principes du juge de tous les actes de décrets-lois, ordonnances

Mais, traditionnelles constitutions du XIX^e avant tout, comme un que, il ne s'exerçait que dans la réalité impliquée, pour préciser les qu'il posait étaient donc La source administrative de droit administratif, et le premier acte de l'administration.

Cette coïncidence : leur, débordé par la technicité, par la divergence s'appliquer, a pris l'habilitation la mission non plus de l'exécution de la loi par l'interpréter la loi, et ce, non administrative. L'élaboration constitue le dernier acte de l'étape de l'exécution. C'est du juge judiciaire : l'a apporté, à la règle en suspens par le législateur peut être appelée à l'application mais des règles destinées dans le domaine civil,

6 — En l'absence de et les causes de ce développement gouvernementales dans le droit administratif, on ne peut que quelques signes. Il est des décrets-lois à jouer un rôle capital, en ce qu'elle a permis l'usage de leur pouvoir de réformes administratives. La loi du 3 août 1926, à partir de 1934, pour les traitatives. Il est certaines de l'administration exclusivement régi par les gouvernements à côté de leur autorité même pas pour objet d'arrêter

soumission aux principes du droit administratif et au contrôle du juge de tous les actes à portée générale émanant de l'exécutif, décrets-lois, ordonnances, etc...

Mais, traditionnellement rattaché à « l'exécution des lois » par les constitutions du XIX^e siècle, le pouvoir réglementaire apparaissait, avant tout, comme un moyen au service de cette fonction. En pratique, il ne s'exerçait guère qu'à l'égard des lois dont la traduction dans la réalité impliquait une intervention effective de l'administration, pour préciser les modalités de cette intervention. Les normes qu'il posait étaient donc, par leur objet, des normes administratives. La source administrative de droit était, en même temps, source de droit administratif, et l'élaboration du règlement apparaissait comme le premier acte de l'opération d'exécution de la loi par l'administration.

Cette coïncidence a pris fin à partir du moment où le législateur, débordé par le volume des textes jugés nécessaires, par leur technicité, par la diversité des situations auxquelles ils devaient s'appliquer, a pris l'habitude de confier au pouvoir réglementaire la mission non plus d'édicter les règles générales qu'exigeait l'exécution de la loi par l'administration, mais, plus largement, de compléter la loi, et ce, même dans des domaines étrangers à l'action administrative. L'élaboration du règlement, dans ces domaines, constitue le dernier acte de l'opération légiférante, et non la première étape de l'exécution. Celle-ci relève des particuliers, sous le contrôle du juge judiciaire : l'administration a achevé sa tâche lorsqu'elle a apporté, à la règle qui s'impose à eux, les précisions laissées en suspens par le législateur. Ainsi, la source administrative du droit peut être appelée à produire, non plus des règles administratives, mais des règles destinées à régir des rapports entre particuliers, dans le domaine civil, commercial, ou dans les relations de travail.

6 — En l'absence de toute recherche d'ensemble sur les étapes et les causes de ce développement du pouvoir normatif des autorités gouvernementales dans les matières étrangères au droit administratif, on ne peut que hasarder quelques hypothèses et relever quelques signes. Il est certain qu'entre les deux guerres, la pratique des décrets-lois a joué, dans cette évolution, un rôle indirect, mais capital, en ce qu'elle a progressivement amené les gouvernements à user de leur pouvoir normatif, non seulement pour réaliser des réformes administratives — c'était encore le but auquel se limitait la loi du 3 août 1926, fondement des premiers décrets-lois — mais, à partir de 1934, pour statuer dans des matières extra-administratives. Il est certain aussi que le développement des interventions de l'administration dans le domaine économique, jusque là exclusivement régi par le droit privé civil et commercial, a incité les gouvernements à considérer que ces disciplines pouvaient relever de leur autorité même lorsque les textes les concernant n'avaient pas pour objet d'aménager une intervention administrative dans

les rapports privés, mais seulement d'organiser ces rapports dans un sens jugé conforme à l'intérêt général : dès 1938, ce sont des décrets-lois qui viennent modifier l'article 1291 du Code Civil touchant l'hypothèque de la femme mariée (d.-l. du 14 juin 1938), ou le régime du bail à comptant (d.-l. 17 juin). Ainsi affranchis, par la pratique des décrets-lois, du complexe, lié à l'idée d'exécution des lois, qui les retenait de statuer par voie générale en dehors du champ de l'action administrative, les organes de l'Exécutif se sont vus appelés par le législateur lui-même à utiliser le pouvoir réglementaire pour parfaire la loi alors même qu'elle régissait des rapports purement privés. Le droit du travail est un des domaines dans lesquels cette tendance semble s'être d'abord affirmée : particulièrement typique est, de ce point de vue, la loi du 21 juin 1936 posant le principe de la semaine de quarante heures, et laissant à des décrets le soin de fixer, selon les branches et les régions, la durée quotidienne du travail. Il s'agissait bien, dans ce cas, de compléter la loi, qui, réduite au seul principe qu'elle posait, était trop imprécise pour recevoir une application effective, et ce, alors que l'administration n'avait aucune part directe dans cette application.

7 — Après 1945, c'est dans les disciplines qui constituent le cœur du droit privé, son saint des saints — droit civil, droit commercial — que le pouvoir réglementaire se voit appelé à compléter la loi. De cette évolution, le contentieux administratif a retenu un exemple caractéristique : la réforme du régime des baux ruraux, telle qu'elle a été réalisée par l'ordonnance du 17 octobre 1945 et la loi du 13 avril 1946, confiait, dans chaque département, à une Commission composée à parité de preneurs et de bailleurs, l'élaboration des contrats-type destinés à mettre en œuvre les principes de la réforme ; en chargeant le préfet de la publication de ces contrats-type, elle leur conférait le caractère et l'autorité réglementaires. Le pouvoir réglementaire — selon des modalités, à vrai dire, assez exceptionnelles — était donc appelé à définir, dans le cadre de la loi, le statut de « ces contrats essentiellement civils que paraissent constituer les baux ruraux... », selon la formule du doyen Savatier (6). Et celui-ci de s'étonner en constatant que, à l'égard de ces actes réglementaires, dont le contrôle de légalité appartenait évidemment au Conseil d'Etat, c'est le juge administratif qui se trouvait ainsi amené à se prononcer sur leur conformité aux articles du Code Civil qui continuaient à régir la matière.

Autre exemple, fourni par une décision du Conseil d'Etat du 1^{er} juin 1956 : le décret du 19 septembre 1951, qui est venu préciser les dispositions de la loi du 20 mars 1951 prohibant la pratique de la vente avec primes, est un acte réglementaire intervenu en matière commerciale, et c'est en se fondant sur l'analyse de cette loi que le

(6) Note sous C.E., 18 mars 1949, Bruguière, D. 1949, p. 282 ; cf. aussi C.E., 10 juin 1949, Union gersoise de la propriété agricole, D. 1949, p. 498, et la note.

juge administratif a ainsi pu être appelé à se prononcer sur la validité de la loi « *vente et publicité* », D. Landron).

En dehors de ceux qui ont été créés par les décrets ou les décrets-lois, le droit privé civil ou commercial de la loi du 1^{er} septembre 1948 en sont un exemple riche en réformes importantes.

Pourtant, en dépit de cette extension de la compétence réglementaire, il n'a pas disparu : il suffit, pour s'en rendre compte, de lire la loi du 17 août 1948 « *réglementaire* ». Il faut une loi profonde pour consacrer

8 — La Constitution prévoit un régime normal et permanent de la loi, matière d'état et de contentieux, de successions civiles, la loi « fixe les principes fondamentaux », les crimes et délits, pénale, par contre, la loi « fixe les principes fondamentaux » des principes fondamentaux réels et des obligations dans la conception traditionnelle. Dès lors que la règle est un principe fondamental, l'article 37, relève du pouvoir

Encore l'énumération des matières traditionnelles, c'est le cas, en particulier dans le domaine réglementaire, le pouvoir exécutif n'a aucune disposition législative en application de la loi. Les Conseils (7), imposer de

Le contentieux de la loi, le Conseil d'Etat, compétent pour

(7) C.E., 26 juin 1959, J.

juge administratif a annulé certaines dispositions du décret qui lui ont paru en contradiction avec elle (*Société « Approvisionnements, vente et publicité »*, D.S., 1957, p. 69, avec les conclusions de M. Landron).

En dehors de ceux qu'a mis en pleine lumière le débat contentieux dont ils ont été l'occasion, nombreux ont été, dès avant 1958, les décrets ou les décrets-lois qui ont réglementé des matières de droit privé civil ou commercial : les décrets pris pour l'application de la loi du 1^{er} septembre 1948 en matière de baux de locaux d'habitation en sont un exemple bien connu, et le droit commercial est riche en réformes importantes réalisées par les mêmes voies.

Pourtant, en dépit de cette évolution, la liaison traditionnelle entre compétence réglementaire et matières administratives n'avait pas disparu : il suffit, pour s'en convaincre, de lire, à l'article 7 de la loi du 17 août 1948, la liste des « matières relevant du pouvoir réglementaire ». Il fallait une transformation institutionnelle plus profonde pour consommer l'évolution amorcée.

— II —

8 — La Constitution de 1958 a fait, de l'élaboration par voie réglementaire de normes étrangères au droit public, un processus normal et permanent. Il n'est que de reprendre l'article 34. Si, en matière d'état et de capacité des personnes, de régimes matrimoniaux, de successions et de libéralités, matières essentiellement civiles, la loi « fixe les règles », s'il en va de même en ce qui concerne les crimes et délits, les peines correspondantes, et la procédure pénale, par contre, la compétence du législateur se limite aux « principes fondamentaux » pour le « régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales », cœur du droit privé dans la conception traditionnelle ; de même pour le droit du travail. Dès lors que la règle, dans ces domaines, prétend aller au-delà des « principes fondamentaux », son élaboration, en vertu de l'article 37, relève du pouvoir exécutif.

Encore l'énumération de l'article 34 ne recouvre-t-elle pas toutes les matières traditionnellement considérées comme de droit privé : c'est le cas, en particulier, de la procédure civile, toute entière placée dans le domaine réglementaire. A l'égard de telles compétences, le pouvoir exécutif n'est limité, directement tout au moins, par aucune disposition législative. Seuls les principes généraux peuvent, en application de la jurisprudence Syndicat général des Ingénieurs-Conseils (7), imposer des bornes à son autonomie.

Le contentieux de la légalité de ces règlements pose au Conseil d'Etat, compétent pour en connaître en premier et dernier ressort

(7) C.E., 26 juin 1959, *R.D.P.*, 1959, p. 1004.

p. 282 ; cf. aussi C.E., 1949, p. 498, et la note.

puisqu'il s'agit de décrets, et éventuellement d'ordonnances lorsque l'article 38 est mis en œuvre, deux sortes de problèmes.

9 — Les premiers lui sont familiers : ils portent sur la légalité externe de l'acte, entièrement régie par le droit public. Si le recours invoque comme motif d'annulation le vice de forme ou l'incompétence, le juge administratif se trouve dans son élément naturel.

Pourtant, sur ce second terrain déjà, sa décision peut impliquer la pesée d'arguments tirés du fond même de la discipline concernée par l'acte attaqué. C'est évident lorsque l'incompétence alléguée se fonde sur la notion de « principes fondamentaux » : pour résoudre le problème, voici le juge administratif contraint de tracer, dans la matière des obligations, par exemple, ou en droit du travail, la frontière entre les principes fondamentaux et les règles qui se tiennent à un niveau inférieur. Cela suppose une connaissance intime de la discipline en cause, et les choix effectués peuvent avoir, sur celle-ci, des répercussions profondes.

En dehors même de ce cas, la décision sur la compétence peut impliquer des prises de position décisives sur le fond. En voici un exemple récent, dont seul un désistement a empêché qu'il amène le Conseil d'Etat à se prononcer. Un décret du 26 novembre 1971 « relatif aux actes établis par les notaires » a accordé à ceux-ci la faculté d'habiliter leurs clercs à l'effet de recevoir les parties et de recueillir leur signature. Jusqu'à cette réforme, la comparution personnelle des parties devant le notaire lui-même était considérée comme une des conditions nécessaires pour conférer à l'acte l'authenticité, par interprétation de l'article 1317 du Code Civil. Cette règle était, pour les auteurs du décret, purement procédurale : d'où le choix, pour la modifier, de la voie réglementaire. Mais ce choix présupposait de leur part une certaine interprétation de la notion d'acte authentique, à laquelle les civilistes ne souscrivaient pas unanimement. Si le Conseil d'Etat était demeuré saisi, il n'eût pu résoudre le problème de compétence qui lui était posé qu'en donnant sa propre définition de l'acte authentique, c'est-à-dire en prenant, sur un problème de pur droit privé, une position qui risquait de ne pas concorder avec celle qu'eût adoptée l'ordre judiciaire, éventuellement appelé à se prononcer sur le caractère authentique ou non de l'acte passé dans les formes prévues au décret. Le risque a paru si sérieux que le gouvernement a cru nécessaire de le prévenir en saisissant le Parlement, dont la décision a coupé court au débat contentieux.

10 — Lorsque c'est la violation de la loi qui est le motif d'annulation allégué, c'est sur le terrain exclusif de la discipline concernée — droit civil, droit commercial, droit du travail, droit pénal — que le juge administratif est appelé à se placer pour statuer.

On a déjà relevé de telles situations dans la jurisprudence antérieure à 1958. En voici des exemples plus récents.

Le premier concerne Curieusement, et mal on l'emprunte, il s'agit de l'arrêt *Canal* qu'il s'agit de l'ordonnance créant fondé sur « l'importance apportée aux p facile, en supprimant terrain traditionnel (faut-il contester, par nelle — fondée avan de la double compétence pénal au droit privé. le Conseil d'Etat, p vocation de gardien domaine du droit pu

Même affirmation du 4 juillet 1969, O les requérants, entr recours dirigé contre commerciaux, un pr toute intervention du Le Conseil d'Etat rep général du droit qu est inscrite au rôle le déroulement de la

Un dernier exem du travail. On a sou était l'absence de « d'abroger les lois leurs » ; et nombre du travail à sens un s'imposerait au légi mentaire. Elle a été recours formé contr sens d'un allongeme nel navigant comme l'évolution paraissait cissement progressif *Syndicat national d le problème : aucun que la réglementati soit modifiée dans*

(8) C.E., 19 octobre

(9) J.C.P., 1969, n°

(10) *Camerlynck* et

(11) *Rec.*, p. 388.

Le premier concerne, non un décret, mais une ordonnance. Curieusement, et malgré le retentissement de la décision à laquelle on l'emprunte, il semble être passé relativement inaperçu. C'est de l'arrêt *Canal* qu'il s'agit (8) : a-t-on remarqué que, pour annuler l'ordonnance créant la Cour militaire de justice, le Conseil s'est fondé sur « l'importance et la gravité des atteintes que l'ordonnance apporte aux principes généraux du droit pénal » ? Il eût été facile, en supprimant le dernier mot, de maintenir le débat sur le terrain traditionnel des principes du droit public. Et sans doute faut-il contester, par d'excellents arguments, la solution traditionnelle — fondée avant tout sur l'unité de l'ordre judiciaire investi de la double compétence civile et répressive — qui rattache le droit pénal au droit privé. Il reste que, compte tenu de cette tradition, le Conseil d'Etat, par la formule précitée, affirme nettement sa vocation de gardien des principes généraux au-delà même du strict domaine du droit public.

Même affirmation en matière de procédure civile dans la décision du 4 juillet 1969, *Ordre des avocats près la Cour de Paris* (9) : les requérants, entre autres moyens, invoquaient à l'appui d'un recours dirigé contre un décret du 3 janvier 1966 relatif aux baux commerciaux, un principe de procédure civile excluant, selon eux, toute intervention du juge jusqu'à l'inscription de l'affaire au rôle. Le Conseil d'Etat repousse ce moyen : « Il ne résulte d'aucun principe général du droit qu'en matière civile, jusqu'au jour où l'affaire est inscrite au rôle d'une audience, le juge ne peut intervenir dans le déroulement de la procédure ».

Un dernier exemple concerne les principes généraux du droit du travail. On a soutenu (10) que l'un de ses caractères essentiels était l'absence de régression, l'impossibilité pour le législateur « d'abroger les lois sociales, sinon pour les remplacer par de meilleures » ; et nombre d'éléments viennent étayer la thèse d'un « droit du travail à sens unique » dans lequel la notion de « droits acquis » s'imposerait au législateur lui-même, a fortiori au pouvoir réglementaire. Elle a été portée devant le Conseil d'Etat à l'occasion d'un recours formé contre un décret du 28 mai 1971 modifiant, dans le sens d'un allongement, la durée des périodes de travail du personnel navigant commercial de l'aviation civile. La mesure a surpris : l'évolution paraissait en effet exclusivement orientée vers le raccourcissement progressif des temps de travail. L'arrêt du 1^{er} juin 1973, *Syndicat national du personnel navigant commercial* (11), tranche le problème : aucun principe général du droit ne fait obstacle à ce que la réglementation de la durée du travail du personnel navigant soit modifiée dans un sens moins favorable aux intéressés. Mais

(8) C.E., 19 octobre 1962, Rec. p. 552.

(9) J.C.P., 1969, n° 16126.

(10) Camerlynck et Lyon-Caen, *Droit du Travail*, n° 15.

(11) Rec., p. 388.

par contre, le Conseil, quelques jours plus tard, consacre l'existence d'un principe général qu'il déduit de l'article 29 du livre 1^{er} du Code du Travail, selon lequel aucun employeur ne peut licencier une salariée en état de grossesse (C.E. 8 juin 1973, *dame Peynet*) (12).

Tous ces exemples convergent : le juge administratif entend veiller au respect par l'Exécutif, lorsque celui-ci pose des règles générales dans des domaines étrangers au droit public, des lois et des principes généraux propres à la discipline considérée. Le gardien de la légalité administrative devient, par un glissement naturel, gardien administratif de la Légalité.

— III —

Cette évolution, toute naturelle qu'elle soit, n'est pas sans poser quelques problèmes, dans l'ordre théorique et dans l'ordre pratique.

11 — Au premier point de vue, c'est d'abord une réflexion sur les principes généraux du droit qu'elle suggère. Le Conseil d'Etat, on vient de le voir, n'hésite pas à se prononcer lorsque sont invoqués devant lui les principes généraux du droit privé. Mais force est de reconnaître que, sur la nature et même sur l'existence de ces principes, les civilistes sont loin d'être parvenus à un accord. L'étude la plus complète qui ait été consacrée au problème, celle du regretté professeur Jean Boulanger dans les *Mélanges Ripert* (13), met surtout en relief les ambiguïtés de la notion et la multiplicité des acceptions dans lesquelles l'expression peut être entendue. Le Doyen Ripert lui-même, revenant sur le problème en 1955 (14), n'est pas sans manifester son scepticisme : s'il affirme l'existence des principes, il juge impossible d'en définir la nature et le fondement, et davantage encore d'en dresser la liste. Depuis lors, et en dépit des termes de l'article 34 de la Constitution impliquant la distinction, dans quelques-une des matières essentielles du droit privé, entre les principes fondamentaux et les règles dépourvues de ce caractère, il ne semble pas que la Doctrine de droit privé ait précisé ses positions (15). Comme, de son côté, la jurisprudence judiciaire n'est pas, et de loin, aussi explicite lorsqu'il s'agit d'utiliser les principes généraux propres à ses disciplines d'élection que la juridiction administrative pour ceux du droit public, on voit la difficulté à laquelle celle-ci risque de se trouver confrontée dans la mission qui lui incombe de gardienne de principes généraux du droit privé que les interprètes traditionnels de ce droit connaissent mal et utilisent peu.

(12) Rec., p. 406.

(13) J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Mélanges Ripert*, t. I, p. 51, 1950.

(14) G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, p. 235 et s.

(15) Cf. p. ex. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, 5^e éd. par M. de Juglart, I, 1^{er} vol., 1972, p. 135.

12 — Pourtant, le se référer suggèrent principes généraux p ger s'efforcer de dég apparaît qui n'est pa laïcité de l'Etat, li de la loi, tout l'hérit dans son entier, san Il en va de même po à l'ordre juridique 1 de chose jugée, ou d la loi ». De même pc c'est la Déclaration l'unité du système ju ce que semble sugg décisions invoquent, droit » sans les ratta déterminée.

Seulement, on tro d'autres principes gé droit privé : ainsi de de l'unité du patrim pour ne retenir que apparaissent, et les conteste la qualité certaines des règles principes n'est pas jurisprudence du C Ingénieurs-Conseils, de la Constitution » tels celui de la sp l'existence du recou administrative (16).

On est donc encl portée de la jurisp propre, en distingu ceux qui se situent de ce fait, la distinc nent toutes, et d'aut d'entre elles, dont le

Si l'on redescend à ce second niveau

(16) Sur ce dédoublement des conseils et la théorie du droit privé.

(17) Là encore, on a précisé à la R.D.P., 1961, impossible d'attribuer le droit public ».

consacre l'existence
29 du livre 1^{er} du
r ne peut licencier
3, *dame Peynet*) (12).
administratif entend
ici pose des règles
t public, des lois et
t considérée. Le gar-
t glissement naturel,

n'est pas sans poser
ans l'ordre pratique.

d une réflexion sur
. Le Conseil d'Etat,
orsque sont invoqués
ivé. Mais force est
r l'existence de ces
à un accord. L'étude
ne, celle du regretté
ipert (13), met sur-
la multiplicité des
entendue. Le Doyen
1955 (14), n'est pas
sence des principes,
lement, et davantage
dépit des termes de
ction, dans quelques-
les principes fonda-
re, il ne semble pas
sitions (15). Comme,
as, et de loin, aussi
néraux propres à ses
rative pour ceux du
risque de se trouver
rdienne de principes
tionnels de ce droit

12 — Pourtant, les analyses des civilistes auxquelles on vient de se référer suggèrent peut-être un élément de solution. Parmi les principes généraux propres au droit privé que le professeur Boulanger s'efforce de dégager du Code Civil, en effet, un premier groupe apparaît qui n'est pas pour surprendre le publiciste : égalité civile, laïcité de l'Etat, liberté individuelle, propriété, non-rétroactivité de la loi, tout l'héritage de 89 domine le système juridique français dans son entier, sans distinction entre droit public et droit privé. Il en va de même pour des principes plus techniques, mais inhérents à l'ordre juridique tel que nous le concevons : ainsi de l'autorité de chose jugée, ou du principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ». De même pour les principes fondamentaux du droit pénal : c'est la Déclaration de 1789 qui les a formulés. A ce niveau, c'est l'unité du système juridique national qui s'impose, et c'est, d'ailleurs, ce que semble suggérer la terminologie du Conseil d'Etat dont les décisions invoquent, en règle générale, « les principes généraux du droit » sans les rattacher, sauf exception, à une discipline juridique déterminée.

Seulement, on trouve, dans l'énumération à laquelle on se réfère, d'autres principes généraux qui, eux, se rattachent exclusivement au droit privé : ainsi de la force obligatoire de l'engagement contractuel, de l'unité du patrimoine, du principe « nemo dat quod non habet », pour ne retenir que quelques exemples. C'est là que les difficultés apparaissent, et les désaccords : le Doyen Ripert, par exemple, conteste la qualité de « principe » attribuée par Jean Boulanger à certaines des règles précitées. Ce dédoublement de la catégorie des principes n'est pas sans évoquer celui qui s'est introduit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, à la suite de l'arrêt *Syndicat des Ingénieurs-Conseils*, entre les principes « résultant du Préambule de la Constitution », et les principes spécifiquement administratifs, tels celui de la spécialité des établissements publics, ou celui de l'existence du recours pour excès de pouvoir contre toute décision administrative (16).

On est donc enclin à généraliser cette distinction et à élargir la portée de la jurisprudence administrative au-delà de son domaine propre, en distinguant, parmi les principes généraux, d'une part ceux qui se situent au niveau constitutionnel, et qui, transcendant, de ce fait, la distinction des diverses disciplines juridiques, les dominent toutes, et d'autre part les principes généraux propres à chacune d'entre elles, dont le respect s'impose au pouvoir réglementaire (17).

Si l'on redescend de la théorie à la pratique contentieuse, c'est à ce second niveau que le juge administratif peut éprouver, à l'égard

(16) Sur ce dédoublement : G. Braibant, « L'arrêt *Syndicat des Ingénieurs-conseils* et la théorie des principes généraux du droit », *E.D.C.E.*, 1962, p. 67.

(17) Là encore, on rejoint la pensée de Marcel Waline, qui, dans son article précité à la *R.D.P.*, 1961, mettait à part (p. 14) « les principes généraux qu'il est impossible d'attribuer principalement ou initialement au droit privé plutôt qu'au droit public ».

droit positif », *Le droit*
t. I, p. 51, 1950.

st s.
par M. de Juglart, I,

des disciplines qui ne relèvent pas de sa compétence à titre principal, quelques difficultés lorsqu'il se trouve appelé à définir et à défendre, à la demande des requérants, un principe général.

13 — De même qu'elle impose une réflexion sur la théorie des principes généraux, de même, l'évolution qu'on analyse conduit à s'interroger une fois de plus sur le bien-fondé de la liaison établie entre fond du droit et compétence contentieuse. A ceux qui contestent cette liaison (18), la fonction de gardien de la légalité que le juge administratif est conduit à assumer à l'égard du pouvoir réglementaire dans les matières étrangères au droit public fournit un argument de poids : voici un cas dans lequel la compétence administrative, sur la base du critère formel, est incontestable, et où, cependant, la décision peut procéder exclusivement de l'analyse et de l'application des lois et des principes du droit privé, selon les motifs d'annulation invoqués par le requérant. L'argument suffit-il à remettre en cause les conceptions dominantes, celles qui établissent un lien entre compétence et fond du droit ?

Il faut y regarder à deux fois avant d'accepter pareille remise en cause. On peut, certes, expliquer par l'histoire l'existence des deux ordres de juridictions ; mais, si l'histoire explique, elle ne suffit pas à justifier. Bien plus que la mythologie de la séparation des pouvoirs, c'est l'idée que deux droits, différents par leurs règles, leurs techniques, leur esprit, seront mieux appliqués par deux ordres de juridictions dont chacun se consacre à l'un de ces droits qui donne aujourd'hui sa justification à la dualité des juridictions. Dès lors, contester le principe d'une liaison, en quelque sens qu'on l'entende, entre fond et compétence, et reconnaître aux deux ordres une égale vocation à appliquer l'ensemble du droit en vigueur, c'est mettre en question l'une des assises de notre système juridique : on ne peut s'y hasarder à la légère (19). Aussi bien, les constatations qu'on a faites n'imposent pas cette remise en cause. Ce qu'elles soulignent, une fois de plus, c'est l'inextricable imbrication, dans la vie juridique contemporaine, du droit public et du droit privé. Prétendre fonder le partage des compétences sur le tracé d'une ligne de démarcation rigoureuse entre l'un et l'autre conduirait, dans bien des cas à une sorte de vivisection du litige dont le plaideur, en définitive, ferait les frais. Mais, en sens inverse, à mettre l'accent sur le fait qu'un partage strict est impossible sur cette base et qu'inévitablement, le juge judiciaire est amené à appliquer parfois une règle administrative et le juge administratif une règle de droit

(18) Cf. notamment René Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, 1952, et la critique de sa position par Charles Eisenmann, *op. cit.*, note 4.

(19) Cf. Marcel Waline, *Traité de droit administratif*, 9^e éd., 1963, p. 35 : « Théoriquement, on refuse compétence aux tribunaux judiciaires pour juger certains procès... soit-disant pour empêcher les tribunaux de « troubler les opérations des corps administratifs ; mais c'est devenu une fiction. On attribue en réalité compétence à la juridiction administrative... lorsqu'on veut qu'un procès ne soit pas jugé sur la base des règles du droit civil ».

privé, on perd de vue chaque juridiction appropriée. Le grossissement excitant pour l'esprit de l'analyse juridique. Que le droit privé, c'est l'échec l'affirmation qui est la liaison de la loi pas un critère précis. Elle n'en demeure pas gardien de la légalité, dont on a vu pas à ébranler ce prin

14 — Il reste que la détermination éventuelle des disciplines et des lois qui leur sont applicables généraux peut être administratif, lorsque se présente une situation relative à une situation de compétence et ce sans hésitation à la quelque importante que soit à cette question, il faut la discipline en cause la détermination des « principes de l'article 34, ou à la jurisprudence. Il peut être le juge qui se fait scrupule de l'Etat civil contesté par le Code Civil d'un contentieux sur l'existence d'un p du travail.

15 — D'autre part dans des domaines relatifs au judiciaire risquent de se présenter des contradictions. On a vu le décret, de la réception de l'intervention du législateur et si sa décision avait le caractère authentique, à l'acte authentique, à l'aurait évidemment d'adopter une interprétation le caractère authentique du décret. On imagine l'acte condamné et les nota

privé, on perd de vue que, dans la grande majorité des espèces, chaque juridiction applique le droit qui correspond à sa vocation propre. Le grossissement des situations exceptionnelles — les plus excitantes pour l'esprit ! — est une tentation permanente de l'analyse juridique. Que le juge administratif soit *parfois* amené à appliquer le droit privé, c'est une donnée qui ne suffit pas à mettre en échec l'affirmation qui fait, du droit public, sa sphère d'action normale. La liaison de la compétence et du fond ne fournit à coup sûr pas un critère précis des compétences respectives des deux ordres. Elle n'en demeure pas moins le principe qui les fonde, et le rôle de gardien de la légalité au sens le plus « interdisciplinaire » du terme, dont on a vu qu'il incombait au juge administratif, ne suffit pas à ébranler ce principe.

14 — Il reste que, si l'on passe de la théorie à la pratique, la détermination éventuelle par le juge administratif d'éléments essentiels des disciplines étrangères au droit public, par l'interprétation des lois qui leur sont propres ou par la formulation de leur principes généraux peut susciter quelques difficultés. Le juge administratif, lorsque se présente à lui, au cours d'un litige, une question relative à une situation individuelle étrangère à sa sphère normale de compétence et commandant indirectement la solution, recourt sans hésitation à la technique de la question préjudicielle. Or, quelque importante que soit, pour le requérant, la réponse donnée à cette question, il faut bien reconnaître que, dans l'absolu, et pour la discipline en cause, elle apparaît mineure par rapport à la détermination des « principes fondamentaux » de cette discipline au sens de l'article 34, ou à celle de ses principes généraux au sens de la jurisprudence. Il peut sembler paradoxal, en un sens, que le même juge qui se fait scrupule de prononcer sur la teneur d'un acte de l'Etat civil contesté n'hésite pas à statuer sur la conformité au Code Civil d'un contrat-type élaboré par la voie réglementaire, ou sur l'existence d'un principe général de procédure civile ou de droit du travail.

15 — D'autre part, les prises de position du juge administratif dans des domaines relevant aussi, par d'autres voies, de la compétence judiciaire risquent d'entraîner, entre les deux jurisprudences, des contradictions. On a évoqué le problème de la réforme, opéré par décret, de la réception de l'acte notarié. Si, en l'absence d'une intervention du législateur, le Conseil d'Etat était demeuré saisi, et si sa décision avait conclu, à partir d'une certaine analyse de l'acte authentique, à la légalité du décret, cette prise de position n'aurait évidemment pas interdit à certaines juridictions judiciaires d'adopter une interprétation différente du Code Civil, et de refuser le caractère authentique à l'acte passé dans les formes prévues au décret. On imagine l'insécurité à laquelle pareille contradiction eût condamné et les notaires, et les parties. Il faut certes faire confiance

nce à titre principal,
léfinir et à défendre,
ral.

1 sur la théorie des
1 analyse conduit à
de la liaison établie
A ceux qui contestent
légalité que le juge
ouvoir réglementaire
ournit un argument
ence administrative,
e, et où, cependant,
se et de l'application
motifs d'annulation
à remettre en cause
t un lien entre com-

pter pareille remise
oaire l'existence des
e explique, elle ne
gie de la séparation
nts par leurs règles,
ués par deux ordres
1 de ces droits qui
les juridictions. Dès
quelque sens qu'on
tre aux deux ordres
oit en vigueur, c'est
système juridique :
en, les constatations
cause. Ce qu'elles
e imbrication, dans
et du droit privé.
le tracé d'une ligne
onduirait, dans bien
ont le plaideur, en
e, à mettre l'accent
sur cette base et
à appliquer parfois
une règle de droit

olique et responsabilité
nmann, *op. cit.*, note 4.
if, 9^e éd., 1963, p. 35 :
judiciaires pour juger
de « troubler les opérá-
fiction. On attribue en
u'on veut qu'un procès

à l'esprit de collaboration des deux Ordres. Mais on ne saurait pousser trop loin l'optimisme ; le défaut d'information (combien de tribunaux, en France, possèdent le Recueil Lebon ?), peut-être même la volonté plus ou moins consciente de s'affirmer en prenant le contre-pied de la position adoptée par l'autre, risquent de compromettre les convergences.

D'autant plus que, en dépit de l'unité des principes fondamentaux qui dominent tout l'ordre juridique français, la différence demeure profonde entre « publicistes » et « privatistes ». Les méthodes de raisonnement, la façon d'appréhender les problèmes, ne sont pas identiques de part et d'autre. On peut donc craindre que, quels que soient ses efforts pour sortir de lui-même, en quelque sorte, et se faire privatiste, le juge administratif, appelé à interpréter la loi de droit privé ou à en dégager les principes généraux, ne suive son génie propre, et que le risque apparaisse, par cette voie, d'une publicisation du droit privé.

16 — Le Conseil d'Etat, dans ses activités consultatives, semble avoir pleine conscience de ce risque. On ne se permettrait pas de mettre en doute son aptitude à apporter, à la solution des problèmes de droit privé, la même haute science juridique qu'au droit administratif, si lui-même n'affirmait sa modestie dans ce domaine. Une tradition bien connue, et bien assise, en effet, veut que, parmi les conseillers en service extraordinaire, figure de façon permanente un spécialiste du droit privé, pris en général parmi les privatistes des Facultés de Droit. Appelé à donner des avis sur des textes de droit privé, le Conseil estime nécessaire d'éclairer ses formations consultatives par le recours au spécialiste de la discipline. La tradition inaugurée en 1945 (et la date est révélatrice) par le doyen de la Morandière, et poursuivie par lui avec l'éclat que l'on sait jusqu'à 1965 ne s'est jamais interrompue depuis. Il ne s'agit que d'avis, cependant. Au contentieux, le Conseil décide. Mais les conseillers en service extraordinaire ne siègent point au contentieux, et le concours du spécialiste, recherché dans les sections administratives, ne peut être requis alors même que la décision à prendre pose un problème de pur droit privé.

Une réforme qui étendrait au contentieux ce qui a été jugé nécessaire dans les formations consultatives heurterait-elle par trop les principes ? Ne pourrait-on ouvrir au Président de la formation de jugement la faculté, lorsqu'il estime que le litige soulève une question de droit privé difficile et importante, d'appeler à siéger le conseiller en service extraordinaire spécialisé dans la discipline en cause ?

17 — Il reste cependant que, même éclairée par l'avis du spécialiste, la décision rendue par la Haute juridiction administrative ne saurait lier l'autre Ordre, et que la réforme qu'on suggère laisserait subsister la possibilité de jurisprudences contradictoires. Le

péril, certes, n'est pas Mais on peut penser à l'évolution du pouvoir pour lui dans l'interprétation des principes qui le régissent.

La Cour de Cassation, par sa jurisprudence civile et en élargissant le champ de son contrôle des règlements administratifs, même. Si les solutions de la Cour d'Etat et de la Cour de Cassation divergent, la sécurité du commerce n'est pas en danger. On peut imaginer, pour prévenir ce danger, de fonder la solution de la question par le décret du 25 juin 1965, et susceptible de donner une solution qui pourrait-il se voir accorder des Conflits le soin de régler la faculté de renvoi devant la Cour de Cassation des moyens invoqués dans l'ordonnance ou une ordonnance intervenue dans le cadre de la faculté de renvoi parmi les moyens de recours devant la Cour de Cassation, ce contrôle exclusif, ce contrôle de la Cour de Cassation, est suffisamment le fondement de la solution de la question de la répartition des compétences entre les deux Ordres, dont il est la conséquence. Il est propre à la discipline de la Cour de Cassation de l'élaboration du droit privé, et comme l'œuvre commune des deux Ordres, et bénéficiaire de cette autorité.

18 — On objecte que pas de celles qui se posent au contentieux, l'objection au projet de réforme de la compétence. Pour la Cour de Cassation, l'utilité. Or les divergences de la Cour de Cassation et de la Cour d'Etat, qui encadrent le contentieux, ne sont pas moins dans le champ de la compétence du juge.

(20) Décret du 25 juin 1965.
(21) Cf. par exemple, le décret du 25 juin 1965.
(22) *Supra*, n° 12.

péril, certes, n'est pas nouveau, et il en est des exemples classiques. Mais on peut penser que la fonction imposée au Conseil d'Etat par l'évolution du pouvoir réglementaire, et le rôle accru qui en résulte pour lui dans l'interprétation des lois du droit privé et l'explication des principes qui le dominent risquent de multiplier ces divergences.

La Cour de Cassation a reçu mission d'assurer l'unité de la jurisprudence civile et pénale. Pour ce faire, elle interprète la Loi et en dégage les principes. Le Conseil d'Etat, dans sa mission de contrôle des règlements de droit privé, se trouve appelé à agir de même. Si les solutions consacrées de part et d'autre avec une égale autorité divergent, la cohérence du droit privé, et à travers elle la sécurité du commerce juridique se trouvent menacées. Ne peut-on imaginer, pour prévenir ces risques, la transposition aux problèmes de fond de la solution adoptée pour les problèmes de compétence par le décret du 25 juillet 1960 (20) ? « Saisi d'un litige qui présente à juger une question » de fond « soulevant une difficulté sérieuse » et susceptible de diviser les deux Ordres, le Conseil d'Etat ne pourrait-il se voir accorder le pouvoir « de renvoyer au Tribunal des Conflits le soin de décider sur cette question » de fond ? Cette faculté de renvoi devrait être définie en termes assez larges et assez souples pour laisser toute liberté de décision au Conseil, en fonction des moyens invoqués à l'appui d'un recours contre un décret ou une ordonnance intéressant le droit privé : à lui de décider si, parmi les moyens de légalité externe relevant normalement de son contrôle exclusif, certains griefs d'incompétence n'engagent pas suffisamment le fond pour justifier le renvoi (21) ; à lui de faire le départ entre les principes fondamentaux communs à toutes les disciplines, dont il lui appartient de connaître, et ceux qui sont propres à la discipline en cause (22). Dans ces limites, le contrôle de l'élaboration du droit privé par le pouvoir exécutif apparaîtrait comme l'œuvre commune des représentants les plus qualifiés des deux Ordres, et bénéficierait de leur double science et de leur double autorité.

18 — On objectera que les situations qu'on a évoquées ne sont pas de celles qui se présentent chaque jour. On eût pu faire la même objection au projet relatif aux « difficultés sérieuses » portant sur la compétence. Pourtant, la réforme de 1960 a fait preuve de son utilité. Or les divergences sur le fond du droit — et surtout du droit privé, qui encadre tous les citoyens dans leur vie quotidienne — ne sont pas moins dangereuses que les simples divergences sur la compétence du juge.

(20) Décret du 25 juillet 1960, article 35 ajouté au décret du 26 octobre 1849.

(21) Cf. par exemple *supra*, n° 9.

(22) *Supra*, n° 12.

19 — Quoi qu'il en soit, et même si les réformes qu'on suggère en pleine conscience de la double critique — présomption, ou naïveté — encourue par semblable suggestion paraissent inutiles, une certitude demeure : le Conseil d'Etat, du fait du rôle assigné depuis 1958 au pouvoir réglementaire, se trouve, plus directement que par le passé, appelé à assurer la subordination de la norme de droit privé émanant de l'exécutif à la norme de droit privé émanant du législateur et aux principes généraux dont elle procède. La cohérence du droit privé français, tout au moins du droit écrit, dépend de la Haute juridiction administrative.

Retour aux sources ? Après tout, c'est au Conseil d'Etat que sont nés les grands Codes napoléoniens... Perspective nouvelle appelant des adaptations ? Ni l'une ni l'autre de ces deux interprétations ne saurait déplaire au maître et à l'ami dont l'œuvre, depuis près d'un demi-siècle, n'a cessé de concilier fidélité aux héritages, et ouverture aux renouvellements.

1962

Le
ou réflé
po

C'était un Huron, n
pourpre, dont une feu
sur son épaule comm
le droit public aux fu
de ces jeunes hommes
savante leur retraçait
des Sages, de l'autre c
les hommes contre le
pèlerinage à la ville
contentieux administr
lui permit de réaliser

A Orly, où j'allais l'
sez-moi, s'il vous plaît,
nous fûmes dans la
contre terre en disant
cine le grand arbre
merveilleuse création
pratique, la plus écor
les libertés » comme
l'opprimé, terreur de
s'abattre, s'arrête en

« Tu n'iras pas plus l
Je l'interrompis do
collègue, que la sages
recours, le caractère
d'arrêter le bras de l
c'est après coup qu'int

« Je ne l'ignore po
droit que possède le ju

* Dalloz, *Chronique* - VI, 1

(1) Rapport à l'Institut
1929, p. 162.