“ Le juge qui sait ” - Le juge administratif vers la fin du XIXème siècle.

Eric de Mari

▶ **To cite this version:**

Eric de Mari. “ Le juge qui sait ” - Le juge administratif vers la fin du XIXème siècle.. Europaïsche und amerikanische Richterbilder - André Gouron, Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa, Dieter Simon (dir.), Vittorio Klostermann, 1996, 978-3-465-02839-0. hal-03134415

HAL Id: hal-03134415
https://hal.umontpellier.fr/hal-03134415

Submitted on 19 Feb 2021

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.

« Le juge qui sait »

Le juge administratif vers la fin du XIXème siècle.

Eric de Mari

Article paru en 1996. André Gouron, Laurent Mayali, Antonio Padoa Schioppa, Dieter Simon (dir.), *Europaïsche und amerikanische Richterbilder,* Vittorio Klostermann éd. Frankfurt am Main.

La justification contemporaine de l'existence du juge administrative continue à reposer sur un souci de spécialisation (1). Celui-ci, hérité de l'Ancien régime puisque les qualités de l'administrateur-juge ont été transférées sur le juge administratif, met en avant la spécificité du droit et du contentieux administratif (2) où souffle un esprit « technicien » et « scientifique » d'une singulière puissance.

Cet esprit a dû, on le sait, triompher des obstacles dressés devant lui surtout au XIXème siècle par les défenseurs du juge généraliste, soit, le juge judiciaire (4). Destinées à remettre en cause la présence du juge administratif au sein de l'organisation judiciaire comme son évolution vers une réelle autonomie les attaques encore redoutées de nos jours (5) n'ont pas manqué. Autour des années 1870 et jusqu'à la fin du XIXème siècle elles s'avèrent particulièrement vives. Les soubresauts de la politique, au moins jusqu'en 1880 et leurs conséquences tant sur le personnel du Conseil d'Etat, renvoyé, élu, épuré, que sur l'organisation du Conseil, profondément modifiée après la loi du 24 mai 1872 encouragent les velléités de suppression de la juridiction administrative. Encore actif au-delà de 1880, un libéralisme aux aguets des défaillances du juge administratif dénonce l'arbitraire (7) de la justice administrative, sa partialité,

(8), son rôle dans la construction d'une centralisation jugée excessive comme son incompatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs (9).

Sa vigueur néanmoins provoque des résultats presque paradoxaux : elle facilite les réformes auxquelles aspirent les juridictions administratives (10), encourage la délimitation du contentieux administratif par opposition au contentieux judiciaire (11) et démontre ainsi l'extrême capacité du juge administratif à retourner à son avantage les assauts dont il fait l'objet.

Ce dernier ne peut-il en retirer une légitime fierté et se servir de ces victoires successives pour dessiner un auto-portait qui mettrait en exergue ses qualités fondamentales, révélant en même temps celles qui font défaut au juge judiciaire ? Membre d'une « juridiction longtemps contestée mais incontestable » (12) le juge administratif, soutenu par une doctrine qu'il anime en grande partie, n'est-il pas en mesure d'utiliser son savoir, caution de sa réussite, pour flatter son image et dévaloriser celle du juge judiciaire, afin de se présenter lui-même comme « le juge qui sait », opposé à celui qui faute d'un tel savoir ne saurait le concurrencer ?

Pour répondre à ces questions nous aurions pu dresser et commenter le bilan de l'argumentation technique utilisée par le juge administratif dans les arrêts du Conseil d'Etat et dans les traités spécialisés dans une matière précise : les juridictions administratives ne manquant pas de souligner l'appréhension différente des contentieux par rapport à l'attitude « ordinaire » ou « commune » (13) du juge judiciaire. Néanmoins malgré l'intérêt d'une telle recherche, il nous a paru possible dans cette approche du juge administratif de déceler quelques réponses à nos interrogations dans les manuels destinés à transmettre le savoir du juge, dans les articles accessibles à un public plus élargi que celui des lecteurs des arrêts du Conseil d'Etat voire dans des thèses qui traduisent les réflexes d'un milieu universitaire. En dehors du cercle des arrêts, ce travail sur l'image du juge invite à découvrir celle que le juge administratif se façonne, l'image du juge savant (I) , et celle qu'il tente d'imposer à son concurrent judiciaire, l'image du juge ignorant (II).

I Le juge savant

Loin de faire le choix d'une description nouvelle de sa fonction comme de son état le juge administratif s'approprie le savoir de son droit et de son contentieux. Il s'appuie sur une tradition, celle d'une administration qui revendique sa technicité, sa spécialisation (A). En s'attachant à transformer les prétendus inconvénients de cette conception scientifique de la justice en qualités intrinsèques il parvient à démontrer que l'accès à ce savoir lui est réservé et oblige tous ceux qui le revendique à passer par la voie d'une initiation incompatible avec une autre mission (B).

A. La spécialisation rationnelle du juge administratif

Autour des années 1870 et jusqu'à la fin du siècle le juge administratif demeure à ses propres yeux, comme à ceux de ses partisans ou de ses adversaires le membre d'une juridiction spécifique qui tient dans l'univers judiciaire une place distincte. Reste il est vrai à la qualifier et cet exercice souligne quelque embarras. La ligne consistant à désigner le Conseil d'Etat mais aussi les Conseils de préfecture comme des juridictions « spéciales » s'ère difficile à tenir. Si l'Etat comme le souligne Gambetta en 1870 « a bien le droit de comparaître devant une juridiction spéciale » (14) et si « les faits administratifs réclament l'existence d'un « prétoire spécial » (15) il ne convient pas d'exagérer cette dénomination pour ne pas offrir aux détracteurs de la « forteresse » (16) administrative trop d'arguments.

Les dérives des défenseurs de la spécificité du juge administratif sont en effet utilisables au détriment de son existence. A la fin du Second Empire des conseillers d'Etat comme Quentin-Bauchart et Migneret n'ont guère hésité à justifier la juridiction administrative en recourant à des expressions qui semblent héritées d'un passé révolutionnaire. « La nature des choses » (17), « la force des choses » (18) voisinent une argumentation fondée sur « les nécessités » (19) et « le pouvoir supérieur de l'Etat » (20) : ce qui dans le camp des contradicteurs du Conseil d'Etat et des Conseils de préfecture permet de convertir ces juridictions « spéciales » en juridictions « d'exception ».

Cette désignation, rémanente depuis la Restauration a l'intérêt d'emporter les plus vifs reproches. A l'Institut, Odilon Barrot, dénonce en 1871 les tares d'une « justice exceptionnelle », « vice de notre organisation judiciaire » (21). Dans ses « répétitions écrites sur le droit administratif » Cabantous, qui tente d'oublier l'échec de sa candidature au Conseil d'Etat, cite Cormenin qualifiant, dès 1818, et sans aucun ambages, les juridictions administratives de « tribunaux d'exception » (22). L'étiquette de « tribunaux administratifs » invite même quelques auteurs à évoquer des « monstruosités juridiques » (23) qui n'auraient « d'autres raisons d'être que la raison d'état » (24).

Face à ces récriminations et malgré la loi du 24 mai 1872 qui en accordant au Conseil d'Etat la justice déléguée le rapproche d'une sorte de conformisme judiciaire, la volonté des partisans de la juridiction administrative, juges et auteurs, de préserver leur spécificité s'avère tenace. Ne s'agit-il pas de conforter la légitimité du juge administratif en lui conférant un cadre spécifique compatible avec ses connaissances spéciales ?

Ce cadre sera bien celui d'une juridiction « spéciale » mais à condition que l'utilisation de l'épithète ne soit pas motivée par des considérations politiques et repose au contraire sur des arguments juridiques. Tel est le sens de « la théorie rationnelle de la juridiction administrative » (25) émise par F. Lafferrière. Délimitant plus précisément la nature spécifique du juge administratif, et malgré quelques hésitations puisqu'il parlera généralement de juridiction « particulière » (26), « extraordinaire » (27) et « spéciale », il fonde la singularité du juge administratif sur son incapacité à connaître l'exécution de ses décisions, sur l'existence d'actes spéciaux et de faits particuliers de l'administration comme sur le caractère original de la procédure suivie. En dépit de la banalité de l'argumentaire ce désir de substituer à la polémique et à un débt apparemment « académique » (28), une position technique paraît souligner une évolution considérable.

Cette théorie accélère le vieillissement d'une argumentation de fait utilisée par les partisans de la juridiction administrative : la résistance de cette juridiction aux attaques dont elle fait l'objet n'est plus « la preuve » de sa « nécessité » (29) mais une conséquence de la synthèse juridique de Laferrière (30). Elle facilite aussi le succès de la justification de l'existence de la juridiction administrative par une interprétation particulière de la séparation des pouvoirs. Le débat

autour de ce thème aussi bien utilisé par les détracteurs que par les apologistes de la juridiction administrative, trouve ici une issue : la séparation « à la française » des pouvoirs exécutif et judiciaire, interprétée d'une façon « spéciale » reposant non sur un « mythe » mais sur une réalité juridique. Enfin cette théorie ouvre la voie à une nouvelle dénomination de l'argument tiré de la répartition fonctionnelle des tâches du juge administratif comme de celles du juge judiciaire. « Justifiée par la spécificité des tâches » la juridiction administrative sera, à partir de la IIIème République, comme l'a bien vu Georges Vedel (32) une application d'un phénomène en plein essor : celui de la division du travail (33).

Désormais placé dans le cadre d'une juridiction qui mieux qu'auparavant peut se prévaloir de sa technicité, conforté d'ailleurs en cela par le législateur depuis la loi de 1872, le juge administratif impose sa raison d'être. Membre d'une juridiction spéciale (34) mais non exceptionnelle, ce terme relevant « d'une lourde erreur ou d'un abus de langage » (35), il peut se présenter comme le seul initié à un droit spécial, en offrant moins de prise à la critique.

B. La formation initiatique du juge administratif.

Là encore l'argument tendant à légitimer l'existence de la juridiction administrative par le recours à un juge doté de « lumières spéciales » (36) n'est pas nouveau dans les années 1870 (37). Mais il semble reposer désormais sur des bases plus solides d'où se dégage le portrait, et souvent l'auto-portrait du juge savant.

« Versé dans les principes de la science qu'il doit appliquer (38), la science juridique (39), « administrative » (40) ou « initié » (41), le juge administratif doit ces éloges aux progrès de la qualité de son recrutement et de son avancement comme à ceux de l'enseignement du droit qu'il inspire. « L'enracinement progressif du concours » (42) de l'auditorat au Conseil d'Etat, sa consécration officielle (43), sa difficulté puisqu'il est rare de réussir dès la première tentative cette épreuve où il « faut trimer dur pour battre des candidats tous laborieux » (44) se conjuguent pour forcer le respect auquel les juges administratifs aspirent.

Dans le même sens l'ouverture d'une véritable carrière au Conseil d'Etat se dessine dès le début du XXème siècle après l'intervention d'Edouard Laferrière pour en fortifier l'élément professionnel » (45).

A cette professionnalisation qui ne manque pas toutefois de souligner les faiblesses des conseillers de préfecture, titulaires de la seule licence en droit et sur ce point assimilables à certains juges judiciaires s'ajoutent les vertus d'un enseignement spécifique : théorique et classique à l'Université, pratique au sein de sa juridiction. La formation ou plutôt l'auto-formation du juge au contact de la réalité administrative nourrit l'argumentation tirée des lumières spéciales, devenue presque traditionnelle en 1870 (46). Ces lumières ne sont-elles pas nécessaires pour conduire « l'aride investigation des matières contentieuses » (47), éclairer « cette jurisprudence toute secrète », cette science qui comporte « quelque chose d'obscur, de bizarre, de contradictoire et d'hostile aux notions les plus habituelles et aux principes les plus élémentaires du droit commun » ? (48) N'est-il pas indispensable de savoir débrouiller « un conglomérat inorganique et en quelque sorte fortuit de cas d'espèces ? » (49) On comprend le désarroi suivi d'un assoupissement, non communicatif, d'un candidat à l'auditorat qui reçoit à 5 heures du matin du conseiller d'Etat Boulatignier sa première leçon particulière de droit administratif, sur les chemins vicinaux. (50) On comprend aussi l'intérêt que représente l'obligation de consacrer sa vie à l'apprentissage de la science administrative puisque cet apprentissage, jamais facilité par une codification (51) écarte les prétentions du juge judiciaire à se substituer au juge administratif.

A l'école d'un droit qu'on semble n'abandonner qu'à sa mort, d'une familiarité avec l'administration que la double mission de juge et de conseil encourage, de l'absence durable d'une codification systématique où l'administration a « peut être quelque responsabilité » (52) se forme un juge progressivement initié au secret du pouvoir administratif et créateur d'une nouvelle science initiatique.

Le développement de l'enseignement du droit administratif (53) ne fait pas obstacle à l'intérêt de la pratique. Au contraire il renforce la spécialisation du juge administratif et le conforte dans son rôle de « juge éclairé » (54) balayant « les prétentions de l'ignorance et de la mauvaise foi » (55) comme les « préjugés » (56). Doté de connaissances spéciales il pénètrera « les matières spéciales » du droit administratif en accordant logiquement son savoir à la

délicatesse de la tâche (57). Même critiqué, lorsqu'on évoque « la fausse théorie des matières spéciales » (58) cet appariement soutient la création prétorienne d'un droit adapté à l'administration, à laquelle le juge judiciaire est étranger. Léon Aucoc fait ainsi habilement remarquer que la spécialisation et le savoir du juge administratif lui offre « une complète liberté d'esprit » lui permettant d'apprécier « en pleine connaissance de cause non seulement le sens des lois administratives et des règlements mais l'utilité même des mesures dont la légalité est contestée » (59). Avantagé par une procédure encore caractérisée quoiqu'avec optimisme par la « célérité » (60) et surtout bénéficiaire d'une « latitude d'appréciation » (61) le juge administratif entend encore faire profiter les administrés d'une protection spéciale et somme toute « libérale » (62).

Juge spécial mais savant, juge initié, juge préteur, juge libéral, le juge administratif parvient peu à peu à dépasser le portrait du juge arbitraire, partial, voire incapable ou lâche que dressent à l'envie ses accusateurs héritiers d'un « libéralisme faisant fausse route » (63), journalistes avides d'écho sur une juridiction encore trop obscure pour leur paraître honnête (64) ou juges judiciaires que la polémique pose en concurrents.

De même qu'il invente son droit il dessine les grands traits de son personnage qui à bien des égards paraît particulièrement moderne. Il doit certes essuyer quelques avanies, et celle des gardes des sceaux Le Royer exprimant le 21 juillet 1879 le « regret » du gouvernement de se séparer « d'hommes qui par leurs connaissances spéciales et leur expérience, rendraient et pourraient rendre encore des services » (65) n'est pas la moindre. Mais celle-ci appartient à un genre en voie de désuétude : celui du rite propitiatoire de l'épuration judiciaire à la française. Au contraire la pugnacité du juge administratif ne se ressent pas, ou peu, de telles pratiques. Et à son auto-portrait empli de l'esprit d'indépendance et d'autonomie que lui confère sa position scientifique correspond l'image du juge judiciaire qu'il voit dans une sorte de miroir renversé.

II Le juge ignorant.

L'opposition entre le juge judiciaire et le juge administratif demeure vive dans les trente dernières années du XIXème siècle. La séparation absolue des deux contentieux est encore relative malgré leurs différences fondamentales (66). Les précautions prises par le législateur à l'égard du pouvoir judiciaire, même si ce dernier reste une chimère, l'évolution de la procédure du conflit qui « perd son caractère d'instrument politique pour se rapprocher de plus en plus d'un simple règlement de compétences » (67) ne dissimulent pas les rancoeurs et les agacements des juges judiciaires. De leur côté les juges administratifs et les auteurs persistent à voir dans l'autorité judiciaire l'antagoniste naturel de l'administration (68). Ce faisant les juges administratifs, qui ne renoncent pas à leurs liens avec l'administration se servent de la démonstration de leur savoir pour souligner en contrepoint l'ignorance du juge judiciaire. Celle-ci est la preuve de l'inaptitude du juge judiciaire à traiter le contentieux administratif (A) et de sa dangerosité (B).

A L'inaptitude du juge judiciaire.

De part sa fonction le juge judiciaire souffre de sa soumission à la loi, de son inamovibilité et d'une mission toute entière consacrée aux intérêts privés.

« Il n'y a qu'une règle, la loi, inflexible, comme les vérités dont elle s'inspire » : c'est ainsi que F. Lafferrière conçoit le juge judiciaire qui « ne doit rien laisser à l'arbitraire » (69). Ce point de vue où l'on sent l'influence de la culture du pouvoir exécutif français vouant le juge judiciaire aux mécanismes du syllogisme (70), n'a bien sûr que des avantages. En niant l'existence de la jurisprudence, voire de la doctrine, propre à l'ordre judiciaire il autorise le juge administratif à se réserver la capacité de créer le droit administratif. Cette attitude qui consiste à présenter le juge judiciaire contre le Conseil d'Etat. En reprenant le thème Constituant de la loi substituée au juge, elle tend à conforter la fameuse liberté du juge administratif, condition de son autonomie, encore fragile.

Avec une grande habileté le juge administratif n'hésite pas non plus à reprocher au juge judiciaire son inamovibilité. Si celle-ci « consolide la science et la vertu, elle consolide également le vice de l'ignorance » (72). L'inamovibilité n'est pas une condition d'infaillibilité (73) et s'avère même un leurre. Dans la mesure, puisqu'il s'agit de dépasser l'art du paradoxe où la question de l'avancement du

juge judiciaire remet en cause le principe de l'inamovibilité. « Soumis à des passions » le magistrat « ambitieux » sera « obligé de compter avec ses collègues » et de fait sera « soumis à un pouvoir collectif […] à un esprit de corps » (74) : cette remarque permettant de parer le juge administratif, qui souffre de l'absence d'un véritable tableau d'avancement avant 1914, des bienfaits, passagers, de l'inamovibilité (75). Ne lui permet-elle pas de mieux conseiller l'administration et puiser encore dans cette activité de conseil des « lumières » qui donnent une garantie considérable aux droits des citoyens ?

Trop respectueux de la loi et portant le fardeau de son inamovibilité, le juge judiciaire souffre encore de son attachement à l'intérêt privé qui l'absorbe dans « l'examen des contestations » (76) et lui interdit de déceler l'intérêt commun. A l'écart des affaires administratives, dénué de connaissances en la matière il est dès lors inapte à traiter le moindre contentieux de ce type. « Par un singulier optimisme, remarque Migneret, « on affirme que les juges civils qui ont appris à l'école ce qu'on y enseigne de droit administratif (et Dieu sait le peu qu'on y enseigne) auront en administration des connaissances spéciales » (77). Or ces connaissances « les tribunaux judiciaires ne les possèdent pas » (78) et prétendre contraindre le juge civil à les acquérir serait « déraisonnable » (79) sous peine de provoquer des dénis de justice (80).

Ce portait grossier du juge judiciaire ne craint pas la contradiction. L'arbitraire du juge administratif, cet épouvantail brandi par ses adversaires (81), est revendiqué (82). L'apologie que propose l'attachement du juge judiciaire aux intérêts privés ne s'oppose pas au libéralisme, qui va s'estomper, du Conseil d'Etat.

Il est vrai que les enjeux sont ailleurs et qu'accorder au juge judiciaire la capacité d'occuper le domaine réservé au juge administratif serait accepter les dangers de l'ignorance.

B La dangerosité du juge judiciaire.

Afin de prouver la dangerosité du juge judiciaire les juges administratifs et les publicistes développent deux arguments contradictoires. D'un côté ils

dépeignent le juge judiciaire comme un juge couard, c'est-à-dire incapable de faire rempart à la puissance de l'administration. D'un autre ils reprochent au juge judiciaire sa capacité à troubler l'action de l'administration.

Lorsqu'il relate les confidences qu'il a reçues des membres de La Cour de Cassation Aucoc ne dénonce pas ouvertement la lâcheté du juge judiciaire. Néanmoins la teneur de ce curieux aparté, souvent cité avec délectation (84), ne laisse aucun doute au juge savant. Les membres de la haute juridiction « ont reconnu que l'autorité judiciaire était très prudente quand il s'agissait d'apprécier la légalité d'une mesure que l'administration défendait énergiquement comme nécessaire dans l'intérêt public ». Bien sûr «ils croyaient que cette prudence, cette timidité était un acte de sagesse pour les juges qui ne sont pas familiers avec les difficultés que rencontre chaque jour l'administration dans l'accomplissement de sa tâche » (85). Léon Duguit ira plus loin en évoquant « la peur en quelque sorte superstitieuse de l'administration qu'éprouve les tribunaux judiciaires même les plus élevés » (86).

Confiné dans sa pusillanimité, et son impuissance, accablé par ailleurs par la juridiction des conflits qui le plus souvent donne raison au Conseil d'Etat contre la Cour de Cassation (87) le juge civil est réduit à admirer la hardiesse du juge administratif, qui s'explique « par la spécialité des travaux juridiques et administratifs » (88). Et tandis qu'il assiste au triomphe, certes laborieux, du juge administratif sur la conception du ministre-juge il reste sous la vigilance de la chancellerie.

Ce constat peu flatteur n'interdit pas au juge administratif de découvrir derrière tant de circonspection chez le juge judiciaire des velléités révolutionnaires (89). En s'emparant du contentieux administratif il entraverait l'action administrative, négligerait ses prérogatives « par ignorance ou parti pris » et nuirait aux « intérêts engagés dans les différents services publics » (90). Enlevant au pouvoir législatif son contrôle sur l'exécutif « il mettrait », selon une expression devenue traditionnelle « L'Etat au greffe ».

Sans mesurer la nature contradictoire de ses critiques, puisqu'ici on balance entre apathie et témérité, le juge administratif, scientifique, spécial, voir hardi, celui du juge judiciaire, inapte et dangereux est en tout cas suffisamment saisissant pour faire taire peu à peu les critiques. Les prises de position en faveur

de l'unité judiciaire et du juge généraliste s'atténuent considérablement dans une société qui s'engage sur la voie de la spécialisation des fonctions. On notera tout de même qu'au moment où le triomphe du juge administratif spécial et savant paraît assuré, ce juge s'imposera comme un juge de droit commun (92), voire comme un juge ordinaire (93). C'était là sans doute un moyen supplémentaire de résoudre « la quadrature du cercle » (94) que posait l'existence du juge administratif.

Notes :

(1) Cf. Francis-Paul Bénoît, *Les fondements de la justice administrative,* Mélanges Marcel Waline, tome II, LGDJ, Paris, 1974, pp. 283-295, p. 288 : « Le problème de la séparation des autorités et donc de celui de la juridiction administrative, est toujours actuel, et il est ce qu'il a toujours été : politique par essence ». Et p. 295 : « La juridiction administrative n'est pas un problème de technique juridique, c'est un des éléments essentiels de notre conception de l'Etat ».

(2) C. les titres des chapitres I et II de la deuxième partie de l'*Introduction historique au droit administratif français,* Jean-Louis Mestre, , PUF, Paris, 1985, 294 p.

(3) *Ibid,* p. 199.

(4) Cf. Jacques Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active,* LGDJ, Paris, 1970, 317 p.

(5) Georges Vedel, *La loi des 16/24 août 1790. Texte ? Prétexte ? Contexte,* Revue française de droit administratif, 1990, pp. 698-711, p. 710. « Après un long assoupissement les propositions visant à l'extension de la compétence des tribunaux judiciaires, voire à l'unité de juridiction, se réveillent et trouvent des échos dans l'opinion et au parlement. Leurs chances de succès sont minimes, mais non négligeables. A moyen terme, c'est une fois de plus le contexte qui sera décisif ».

(6) Sur les controverses, à propos de l'existence de la juridiction administrative, lors de la discussion du projet de loi de 1872, cf. Roland Drago, *La loi du 24 mai 1872,* Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1973, pp. 13-20.

(7) Celui-ci est particulièrement ressenti en Grande-Bretagne, comme aux Etats-Unis. James Garner fait remarquer que 90% des étudiants pensent que « la France vit sous un régime de tyrannie bureaucratique, abrégé du tsarisme ». Garner attribue ce jugement à l'influence des travaux de H. V. Dicey ; cf. James W. Garner, *La conception anglo-américaine du droit administratif,* Mélanges Maurice Hauriou, Sirey, 1929, 832 p. p. 338. Pour l'Allemagne, cf. Fritz Fleiner, *Les principes généraux du droit administratif allemand,* traduction de Charles Einsemann, Delagrave éd. Paris, 1933, 280 p.

(8) Héritée de l'appréciation du Conseil d'Etat sous Napoléon 1er : « Un divan impérial » selon la célèbre formule de Dupin. R. Dareste estime en 1862 « qu'on ne saurait nier que la justice administrative ne soit une invention du despotisme », *La justice administrative en France ou traité du contentieux de l'administration,* 1862, 688 p, p.675.

(9) Cf. le commentaire par Gaston Thorn de l'article déjà cité de Francis-Paul Bénoit déjà cité, *Imperium et summa potestas,* Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 42, 1990, pp. 219, 220.

(10) Cf. l'analyse de François Burdeau, *Les crises du principe de dualité de juridiction,* Revue française de droit administratif, 1990, pp. 724-733.

(11) Jacques Chevallier, *op. cit.* p.49.

(12) Maurice Block, *Dictionnaire de l'administration française,* 2ème éd, Paris, 1877. Rubrique *« Juridiction administrative », p. 1162-1167, p. 1166.*

(13) Cf. les remarques de Francis-Paul Bénoît sur « le mythe du droit civil, droit commun » dans *Les fondements de la justice administrative,* article cité p. 288 et p. 290.

(14) Cité par Martine Langlade, *De Thiers à Mac Mahon. Les avatars du mode de désignation des conseillers d'Etat (1872-1875).* Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1984-1985, pp. 319-338, p. 336.

(15) Selon le conseiller d'Etat Migneret, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1872-1873, pp. 65-90, p.68.

(16) Selon l'expression de Raudot au cours d'une controverse avec Gambetta, citée par Martine Langlade, article cité, p. 335. Raudot était à l'origine d'une proposition de loi, du 29 avril 1871, remettant en cause l'existence des juridictions administratives.

(17) Selon le sénateur Quentin Bauchart, ancien président de la section du contentieux du Conseil d'Etat : *La juridiction administrative,* Revue critique de législation et de jurisprudence, 1870, tome XXXVII, pp. 130-170, p. 130.

(18) Migneret, *ibid,* 1872-1873, pp. 68.

(19) Emile Bernard, *Examen des diverses théories proposées sur la réforme des conseils de préfecture,* Paris, 1900, 261p. p. 144.

(20) *Ibid,* p. 145.

(21) Il renoncera à cette appréciation après son accession à la vice-présidence du Conseil d'Etat en 1872.

(22) L. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques,* 5ème édition, Paris, 1873, 931p. p. 383.

(23) Cité par A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique et judiciaire,* Paris, 1881, 570 p. p. 471. Cf. aussi Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire,* Paris, 1878.

(24) E. Dramart, *De la séparation des pouvoirs et de la juridiction administrative,* Revue pratique de droit français, tome 35, Paris, 1873, pp. 433-475, p. 449. (Dramart se présentait dans son article comme « juge civil au tribunal de Béthune).

(25) F. Laferrière, *Dictionnaire de l'administration française,* p. 1166.

(26) *Ibid,* p. 1163.

(27) *Ibid,* p. 1166.

(28) Pierre Legendre évoque « les grandes discussions, purement académiques finalement du XIXème siècle, dans son *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours,* PUF, Paris, 1968,

580 p. p. 276.

(29) René Jacquelin, *De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel,* Girard éd. Paris, 1891, 641 p. p.486. Dans le même sens, cf. la constatation de Fuzier- Herman : « les juridictions administratives sont si fortement installées dans nos constitutions que toutes les révolutions sont impuissantes à les en déloger », Edouard Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé,* Paris, 1880, 625 p. p. 252.

(30) La même analyse vaut contre l'argumentation tirée de la multiplication des tribunaux spéciaux ; cf. Migneret, article cité, p. 68.

(31) Le débat néanmoins reste ouvert ; cf. Serge Veley, *La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs,* Revue de droit public, 1989, pp. 767-783 ; *contra,* cf. Jean-Louis Mestre, *La signification de la loi des 7/14 octobre 1790.* Etudes et documents du Conseil d'Etat, n° 43, pp. 281-298 et Georges Vedel, article cité.

(32) Georges Vedel, article cité, p. 711.

(33)Sur cette expression cf. Jasquelin, op. cit. p. 452.

(34) *Ce point de vue reste ancré chez les « administrativistes ». Cf. Maurice Hauriou : « IL est assez naturel qu'à un genre spécial qui, par son origine, présente des garanties spéciales de compétence », Précis élémentaire de droit administratif, 3ème édition, Paris, 1933,* 521p. p. 428.

(35) Selon la conclusion de Berthélémy, *Traité élémentaire de droit administratif,* Arthur Rousseau, éd. 1926, 1174 p. p. 1070.

(36) Selon l'expression de Dufaure dans son exposé des motifs sur la loi du 24 mai 1872 : « Toutes les assemblées qui sous les régimes politiques les plus différents ont eu à se prononcer sur ce sujet ont reconnu qu'il faut pour en juger les litiges qui composent le contentieux administratif, des lumières spéciales, puisées dans le maniement des affaires administratives… ». Cité par Saint Girons, *op. cit.* p. 469.

(37) Cf. les controverses autour de l'existence du Conseil d'Etat en avril 1818 et en juin 1821.

(38) Emile Bernard, *op. cit.* p. 160. IL utilise Vivien, *Etudes administratives,* tome 1, 1845, p. 140.

(39) L'expression souligne selon E. Lafferrière une tradition qui remonte à l'Ancien Régime : *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux,* tome 1, Berger-Levrault éd. 2ème édition, 1896, 724 p. p.12. Cette filiation est courante au XIXème siècle. Cf. Henri Ebren, *Théorie du détournement de pouvoir,* Ducros éd. Valence, 1901, 154 p. p. 152. IL voit dans les conseillers d'Etat « des hommes doués d'un profond sentiment du droit ».

(40) L'expression « science administrative » est ancienne. Cf. les remarques de François Burdeau citant Macarel et Vivien, Histoire de l'administration française du XVIIIème au *XXème siècle,* Montchrestien, Paris, 1989, 373 p. p.300. Et celles de Jean-Louis Mestre, *Introduction historique…, op. cit.* pp. 167-168.

(41) Alfred Gauthier, *Précis des matières administratives dans leur rapport avec le droit public,*tome 2, A. Lahure éd. Paris, 1880, 452 p. p.189.

(42) *Le Conseil d'Etat, son histoire à travers les documents d'époque, 1799-1914,* CNRS, Paris, 1974, 1012 p. p. 478.

(43) Cf. l'article 5 de la loi du 24 mai 1872.

(44) Selon Gaston Jollivet, *Le Conseil d'Etat… op. cit.* p. 479.

(45) Voir *Le Conseil d'Etat…* CNRS, *op. cit.* p. 629.

(46) Depuis Macarel, Gérando et Cormenin.

(47)Macarel en 1819,

(48) Bouchene-Lefer, *De la justice administrative,* A. Maresq éd. Paris, 1863, 30p.

(49) Selon Dufour (1854) cité par Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif,* Sirey, Paris, 1945, 536 p. p. 139.

(50) L'anecdote autobiographique est relatée par Gaston Jollivet, *Le Conseil d'Etat…* CNRS, *op. cit.* p. 479.

(51) Elle est pourtant réclamée par F. Laferrière : « Espérons, non pas qu'on fera un recueil des quatre-vingt mille textes des lois ou décrets qui nous régissent aujourd'hui mais qu'on en extraira un système de dispositions qui assureront, sur tous les points essentiels et fondamentaux, des règles aussi simples, aussi uniformes, aussi incontestées que celles du Code Civil, la seule chose peut être qui soit restée intacte et respectée au milieu des révolutions qui ont bouleversé la France », *Dictionnaire…op. cit.* p. 1164.

(52)François Burdeau , *Histoire…op. cit.* p. 297.

(53) Rappelons qu'en 1832 il n'existe que deux chaires de droit administratif et neuf en 1838. Encore en 1870 cet enseignement demeure faiblement diffusé mais il s'étend par la suite.

(54) L'expression est fréquemment utilisée. Cf. Saint Girons, *op. cit.* p. 496. Cf. également Aucoc, *Conférences sur le droit administratif,* Paris, 1869, p. 298.

(55) Quentin Bauchart, article cité, p. 159.

(56) Cf. une brochure de Léon Aucoc, *La juridiction administrative et les préjugés,* 1864.

(57) La délicatesse de la mission du juge administratif est un argument déjà ancien. Cf. en 1851 le rapport de de Larcy sur un projet de loi relatif aux conseils de préfecture cité par Ducrocq, *Tribunaux administratifs,* tome II, Fontenoing éd. Paris, 1897, 654 p. p. 54.

(58) Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire,* Paris, 1878, p. 177.

(59) Léon Aucoc, Bulletin de la société de législation comparée , 1873, pp 300-301.

(60) Cette célérité est soumise à controverses. CF. Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France,* 1869, pp. 70-71 : « Tout le monde sait si un procès devant le Conseil d'Etat est chose difficile, interminable et ruineux ».

(61) Lafferrière, *Dictionnaire… op. cit.* p. 1163.

(62) Notamment sur des questions relatives au droit de propriété.

(63)Celui des adversaires de la centralisation comme l'a remarqué Pierre Legendre.

(64) Cf. la nouvelle de Guy de Maupassant : *Le protecteur,* dans *Boule de suif,* recueil de nouvelles, Albin Michel, Le livre de poche, 1957, pp. 103-110.

(65) *Le Conseil d'Etat…* CNRS, *op. cit.* p. 599.

(66) Laferrière remarque que les juridictions « n'ont rien de commun, ni quand à leur nature, ni quand à leur forme de procéder, ni quand à leurs principes », *Dictionnaire, op. cit.*

(67) Maurice Félix, *L'histoire du conflit d'attribution (étude istorique du contentieux administratif),* Arthur Rousseau éd. Paris, 1899, 313 p. p.301.

(68) Ce point de vue est ancien : cf. l'affirmation de Foucart : « l'antagoniste naturel de l'administration est l'autorité judiciaire ». E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui suivis d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public,* Videcoq éd. 2ème édition, tome 1,1839, 638 p. p. 146. Jacques Lafon souligne « l'hostilité fondamentale des tribunaux judiciaires contre le Conseil

d'Etat », cf. *Les poursuites contre les ministres du culte au XIXème siècle »,* Etudes et documents du Conseil d'Etat, 1978-1979, pp 117-136, p. 123.

(69) *Dictionnaire…op. cit,* p.1163. Surtout « lorsque l'état et la propriété des personnesest en jeu »

(70) Cf. la conception « syllogistique » de la « fonction juridictionnelle » chez Léon Duguit : « toute décision juridictionnelle est un syllogisme » : la majeure est le rappel de la règle du droit ; la mineure est la constatation soit d'un acte ou d'un fait contraire à cette règle soit d'une situation de droit née conformément à cette règle, et la conclusion est une décision qui est la conséquence nécessaire et logique de la constatation », *Manuel du droit public français,* tomme 1, Albert Fontemoing éd. Paris, 1907, 1134 p. p. 241.

(71) Cf. Cabantous qui constate « l'esprit d'inflexible rigueur » du juge judiciaire pour remarquer que cet esprit « est justement l'opposé de celui qui doit y présider lorsque l'intérêt général est en cause. En d'autres termes l'esprit judiciaire est difficilement compatible avec l'esprit de gouvernement ». *Répétitions écrites…op. cit.* p. 381. Dans son *Précis élémentaire de droit administratif* Bonnard en 1926 corrige à peine l'analyse : la jurisprudence des tribunaux judiciaires est entièrement dominée par le respect de la loi écrite ». *Précis…* Sirey éd. 1926, 555p. p. 79.

(72) Migneret, article cité, p. 78.

(73) *Ibid.*

(74) *Ibid.*

(75) R. Dareste, *La justice administrative…op. cit.* Aucoc considère que l'inamovibilité des conseillers d'Etat n'est pas compatible avec leur mission de conseil de l'administration « et l'on vient de voir que les lumières qu'ils puisent dans ces fonctions donnent une garantie considérable aux droits des citoyens ». Cette opinion sera peu à peu remise en cause après 1872 et 1879. Migneret en outre, ne voit pas dans l'amovibilité une absence de garantie d'indépendance : « comme on ne supprime pas les parquets amovibles, nous ne voyons pas pourquoi sur cette unique raison, on supprimerait les juges administratifs », article cité. En revanche Dareste dès 1862 est favorable à l'inamovibilité. *La justice administrative…op. cit.* p. 677. : « elle augmenterait la confiance des citoyens […] elle assurerait au pouvoir plus d'obéissance et de respect ». Ed. de 1862.

(76) Cette argumentation est commentée par Ducrocq, *Tribunaux administratifs…op. cit.* pp. 53-54. Elle a été développée, suvent imprudemment par des députés au cours de débats sur l'existence ou l'intérêt des juridictions administratives (cf. par exemple les positions de Lorcy (de) en 1851, celle de Batbie en 1872).

(77) Article cité, p.79.

(78) Comme l'affirme encore en 1947 Louis Rolland à propos de la juridiction administrative « jadis vivement critiquée », *Précis de droit administratif,* Dalloz, 733p. p. 279.

(79) L'adjectif utilisé par M. Waline ne témoigne pas d'une quelconque évolution de l'argumentation, *Manuel élémentaire…op. cit.* p. 41.

(80) A l'exemple de l'Italie rappelé par R. Dareste, *La justice administrative…op. cit.* p. 275. Ed. de 1897.

(81) Cf. l célèbre formule de Broglie (de) contre « la justice de cadi et de pacha » (1828) relevée par François Burdeau, *Les crises du principe de dualité de juridictions…* article cité.

(82) Hauriou y voit « degré d'étatisme en plus », *Précis élémentaire…op. cit.* p. 428.

(83) Selon l'expression de François Burdeau, *Histoire de l'administration…op. cit.* p. 297.

(84) Saint Girons, *Essai sur la séparation… op. cit.* p.469. Cf. également R. Dareste, *La justice administrative…op. cit.* ed . 1897, p. 301.

(85) Léon Aucoc, *Bulletin de la société de législation comparée,* 1873, pp. 300-301. Ce type d'argumentation est utilisé contre les propositions en faveur de la création d'un juge unique : « Songez donc, votre juge peut être ignorant ; il peut même s'il n'est pas ignorant, être timide […] il peut avoir l'esprit faux ». Cf. Gaston Leroy, *Le juge unique et la réforme de notre organisation judiciaire,* A. Rousseau éd. 1907, 230 p. p. 148.

(86) Léon Duguit, *Les transformations du droit public,* op. cit. p. 169.

(87) Par exemple sur la question controversée de l'Etat débiteur : « la cour de cassation s'est montrée très conciliante, trop conciliante » après les décisions du Tribunal des conflits selon Achille Mestre *De l'autorité compétente pour déclarer l'Etat débiteur,* A. Rousseau éd. Paris, 1899, 122 p. p. 57.

(88) R. Dareste, *La justice administrative…op. cit.* p.299. Ed. 1897.

(89) Cf. M. Waline, *Manuel élémentaire… op. cit.* p. 42. Il évoque « une révolution juridique ».

(90) Aucoc cité par R. Dareste, *La justice administrative…op. cit.* p. 298. Ed. 1897.

(91) Georges Vedel, *La loi des 16/24 août…* article cité p. 711.

(92) En matière administrative et pour le seul Conseil d'Etat, . M. Waline, *Manuel élémentaire… op. cit.* p. 68. Dans le même sens cf. Hauriou, *Précis élémentaire…op. cit.* p. 440.

(93) Ducrocq cite les arrêts du Conseil d'Etat qui font de cette juridiction un « juge ordinaire et de droit commun au premier degré », , *Tribunaux administratifs…op. cit.* p. 182. L'influence de l'arrêt Cadot est déterminante.

(94) M. Waline, *Manuel élémentaire… op. cit.* p. 40.